Der Zeugenbeweis im aargauischen Zivilprozeßrecht

von
Dr. Hugo Oftinger
Muri / Aarg.

1948

MURI / AG 1958 - BUCHDRUCKEREI E. HELLER

Der Zeugenbeweis im aargauischen Zivilprozeßrecht

DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER WÜRDE EINES
DOKTORS BEIDER RECHTE

vorgelegt der Hohen Juristischen Fakultät der Universität Freiburg
in der Schweiz

von

lic. iur.

Hugo Oftinger

Fürsprecher und Notar

von Muri und Zurzach

in Muri, Aargau

Genehmigt von der Juristischen Fakultät am 11. Februar 1948 auf Antrag von Herrn Professor Dr. Vital Schwander (erster Referent) und Herrn Professor Dr. Antoine Favre (zweiter Referent).

Mit der Annahme einer Dissertation beabsichtigt die Juristische Fakultät der Universität Freiburg nicht, zu den darin enthaltenen wissenschaftlichen Meinungen des Verfassers Stellung zu nehmen (Fakultätsbeschluß vom 1. Juli 1916).

Meiner lieben Frau
und dem Andenken meiner verehrten Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41538116_0046

Inhaltsverzeichnis

I. Die Grundlagen des Zeugenbeweises

1. Der Begriff und die Bedeutung des Zeugenbeweises 11
2. Die Abgrenzung des Zeugenbeweises von den übrigen Beweismitteln 15
3. Beweiswert und Beweiskraft der Zeugenaussage 18
4. Die Psychologie der Zeugenaussage 20

II. Der Zeuge

1. Begriff des Zeugen 23
2. Die Zeugnisfähigkeit 24

III. Die Zeugnispflicht

1. Die Erscheinungspflicht 27
2. Die Folgen der Säumnis 29
3. Die Aussagepflicht und die Verweigerungsfolgen 33
4. Das Zeugnisverweigerungsrecht 36
   a) Im Allgemeinen 36
   b) Die Verweigerungsgründe 38
      aa) Schutz des Zeugen und seiner Angehörigen 38
      bb) Die verweigerungsberechtigten Angehörigen 40
      cc) Das Amts-, Berufs- und Dienstgeheimnis 42
      dd) Das Kunst- und Gewerbegeheimnis 49
   c) Ausnahmen vom Zeugnisverweigerungsrecht 50
5. Die Wahrheitspflicht und die Folgen ihrer Verletzung 52

IV. Der Gegenstand des Zeugenbeweises

1. Allgemeines 56
2. Personalfragen 58
3. Generalfragen 59
4. Die Fragen zur Sache 59

V. Das Zeugenbeweisverfahren

1. Die Beweisantretung 61
   a) Allgemeines 61
   b) Die Beweisangebote 63
2. Die Beweisanordnung 69
3. Die Beweisaufnahme 70
   a) Allgemeines 70
   b) Die Einvernahme 73
4. Die Beweiserörterung 79

VI. Der Zeugenbeweis außerhalb des ordentlichen Verfahrens

1. Als vorsorgliche Beweisaufnahme 80
2. Im Befehlsverfahren 81
3. Im Verbotsverfahren 83
4. Im beschleunigten Verfahren 83
5. Im summarischen Verfahren 84
6. Im Provokationsverfahren 84
7. Im Aufruf- und Offenbarungsverfahren sowie im Rechnungsprozeß 85
8. Im Verfahren vor dem Friedensrichter 85
9. Im Verfahren vor dem Handels- und Versicherungsgericht 86
10. Im Verfahren vor den Arbeitsgerichten 88
11. Im Verfahren vor den Flurgerichten 88
12. Im Verfahren vor Verwaltungsgericht 88
13. Im Verfahren vor Schiedsgericht 89

VII. Die Beweiswürdigung, insbesondere die Würdigung der Zeugenaussagen

1. Allgemeines 90
2. Die Würdigung der Zeugenaussagen 93

Literaturverzeichnis

Archiv für zivilistische Praxis

Baumbach A.: Elementarbuch des Zivilprozesses, München 1936

Baumbach A.: Kurzkommentar zur Deutschen ZPO, 12. Auflage München und Berlin 1936

Beling E.: Die Beweisverbote als Grenze der Wahrheitserforschung im Strafprozeß (in Strafrechtliche Abhandlungen Heft 26, 1903)

Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Strafprozesses, Breslau 1900

Blumenstein E.: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911

Bundesgerichtliche Entscheidungen (Amtliche Sammlung), abgekürzt BGE

Delaquis: Rehabilitation, richterliches Fragerecht und Aussagepflicht (in Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht, Bern, Bd. 30)

Dohna, Graf zu: Das Strafprozeßrecht, Berlin 1929

Egger A.: Kommentar zum Zivilgesetzbuch, I. Bd., Zürich 1930

Gautschi W.: Beweislast und Beweiswürdigung bei freiem richterlichem Ermessen, Zürich 1913

Gautier: Le débat criminel et les essais actuels de réforme (in Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht 14, II)

Gland H.: Die Hauptbegriffe des zivilprozessualen Urkundenbeweises, Diss. iur. Rostock 1911/12

Glaser: Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß, Leipzig 1883

Glaser: Handbuch des Strafprozesses, Leipzig 1883

Goldschmidt: Zivilprozeßrecht, Leipzig 1932

Gorphe: La critique du témoignage, Paris 1927

Gross H.: Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik, 7. Auflage, 2 Bände, München, Berlin und Leipzig 1922

Hafter E.: Lehrbuch des Schweiz. Strafrechts, Allg. Teil, 2. Auflage, Bern 1946
Bes. Teil Bd. I und II, Berlin 1937 und 1943

Hasler K.: Die Feststellung des Tatbestandes im Zivilprozeß, Diss. iur. Zürich 1926

Hecker L.: Ueber die Problematik des Zeugenbeweises Diss. iur. Bonn 1931

Hegler A.: Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen (in Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 104)

Heilfron Ed.:	Lehrbuch des Zivilprozesses, Berlin 1904
Hélie:	Traîté de l'instruction criminelle, Paris 1866
Hellwig:	System des Deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1912
Hellwig:	Psychologie und Vernehmungstechnik
Heusler A.:	Der Zivilprozeß der Schweiz, Mannheim 1923
Heusler A.:	Die Grundlagen des Beweisrechtes (in Archiv für zivilistische Praxis Bd. 63)
Hürlimann H.:	Der Urkundenbeweis im Zivilprozeß, Zug 1944
Jonas:	Die deutsche Zivilprozeßordnung, 16. Auflage, Bd. I, Tübingen 1938
Keller G.:	Die neue Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, 2. Auflage, Aarau 1913
Keller G.: und Pfisterer M.:	Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, 3. Auflage, Aarau 1947
Kitka:	Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Tatbestandes der Verbrechen, Wien 1943
Kunelsky:	Der Sachverständige im zürcherischen Zivilprozeß, Diss. iur. Zürich 1936
Lemke O.:	Der Zeugniszwang im Strafverfahren, Diss. iur. Heidelberg 1928
Leuch G.:	Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, 2. Auflage, Bern 1937
Lewin:	Richterliches Prozeßleitungsamt und Sitzungpolizei, Berlin 1913
Löwe:	Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 19. Auflage, Berlin 1934
Matti H.:	Zivilprozeßrecht, Zürich (ohne Datum, wahrscheinlich 1938)
Müller A.:	Die Parteibefragung in der aargauischen Zivilprozeßordnung, Diss. iur. Zürich 1937
Neumann P.:	Grenzen der Zeugnispflicht im Strafprozeß, Diss. iur. Zürich 1930
Oser-Schönenberger:	Kommentar zum ZGB, Bd. V, Zürich 1929
Pfeifer:	Die strafrechtliche Stellung der Geistlichen und Religionsdiener, Diss. iur. Freiburg 1911
Planck J. W.:	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, München 1891
Plaut P.:	Der Zeuge und seine Aussage im Strafprozeß, Berlin 1931
Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	
Rauber H.: und Steiner E.:	Entscheidungen aarg. Gerichte aus dem Gebiete des Strafrechts und Strafprozeßrechts, II. Auflage, Aarau 1930
Rosenberg L.:	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1931
Renaud A.:	Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechtes, Leipzig 1873

Sauer W.:	Die Gundlagen des Prozeßrechtes, Stuttgart 1919
Schmidt R.:	Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Leipzig 1898
Schmid Walter:	Die fristlichen Einreden nach aarg. Zivilprozeßrecht, Affoltern 1940
Schneider G.:	Aargauisches Rechtsbuch, 2 Bände, Zürich 1925
Schurter E.:	Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozeßgesetzgebung, Diss. iur. Zürch 1890
Schurter-Fritzsche:	Das Zivilprozeßrecht der Schweiz, 3 Bände, Zürich 1924, 1931 und 1933
Schrutka E.:	Grundriß des Zivilprozeßrechtes, München und Leipzig 1917
Schuster von Bonnot M.:	Oesterreichisches Zivilprozeßrecht, Wien 1907
Schweizerische Juristenzeitung, Zürich (SJZ)	
Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern (SZStr)	
Siegrist E.:	Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, Diss. iur. Bern 1938 (in Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, 132. Heft)
Sperl H.:	Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege, I. Bd. Zivilprozeßrecht, Wien 1930
Stein Fr.:	Grundriß des Zivilprozeßrechts, Tübingen 1921
Steiner Ernst:	Neuere Entscheidungen des aargauischen Obergerichts und des Handelsgerichts aus dem Gebiet des Zivilprozeßrechts (1913–1925), Aarau 1925
Sträuli H.:	Gesetze über die zürcherische Rechtspflege, 2. Auflage, Zürich 1935
Suter H.:	Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozeß, Diss. iur. Bern 1939
von Tuhr-Siegwart:	Allg. Teil des Schweiz. Obligationenrechts, I. Hlbbd., Zürich 1942
Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung, abgekürzt VJS	
Wach A.:	Der Entwurf einer deutschen ZPO, in Krit. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Bd. 14, S. 336 ff
Wach A.:	Gedruckte Vorlesung über den Zivilprozeß, Leipzig 1909
Weiß Th.:	Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, Bern 1908
Wetzell:	System des ordentlichen Civilprozesses, 2. Auflage, Leipzig 1865
Thormann-v. Overbeck:	Das schweizerische Strafgesetzbuch, I. und II. Band, Zürich 1940 und 1941
Tuason V.:	Das Beweisrecht im st. gallischen Zivilprozeß, Diss. iur. Bern 1929
Ufenast W.:	Das falsche Zeugnis in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. iur. Zürich 1927
Zimmerlin Erich:	Aargauisches Zivilprozeßrecht (Textausgabe mit Anmerkungen), Aarau 1942

I. Die Grundlagen des Zeugenbeweises

1. Der Begriff und die Bedeutung des Zeugenbeweises

a) Beweisrecht nennt man die Gesamtheit der Normen, welche den Beweis, die Beweismittel (materielles Beweisrecht) und das Beweisverfahren (formelles Beweisrecht) regeln [1]). Das Wort «Beweis» ist vieldeutig und wird oft für Beweisführung, Beweismittel, Beweisaufnahme, Beweisgrund gebraucht [2]). Eine klare Abgrenzung beweisrechtlicher Begriffe ist nur möglich, wenn man den Ausdruck «Beweis» in seiner von Heusler [3]) dargelegten genetischen Bedeutung bloß für den Akt des Beweisens gebraucht, also für die Herbeischaffung von Gründen, die den Richter von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung überzeugen sollen.

Damit das Ziel der zivilprozessualen Beweistätigkeit erreicht wird, sind also Beweisgründe nötig. Diese Gründe können von den Parteien, von Dritten oder vom Richter selbst herbeigeschafft werden. An diese Feststellung knüpft sich der Begriff des Beweismittels, der gleichfalls nichts weniger als einhellig und abgeklärt ist. Aus dem Begriff des Beweises im dargelegten Sinne ergibt sich logisch. daß Beweismittel das ist, was dem Richter die Beweisgründe übermitteln, ihn also von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung überzeugen soll [4]).

Die ZPO nennt als Beweismittel:

a) Urkunden (§§ 155 ff.)
b) Zeugen (§§ 182 ff.)
c) Sachverständige (§§ 203 ff.)
d) Augenschein (§§ 217 ff.) und
e) Parteibefragung (§§ 223 ff.)[5])

In Bezug auf Sachverständige, über deren Wesen in der Wissenschaft eine Meinungsverschiedenheit besteht, indem die einen sie zu

[1]) Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, § 113, I, 1; Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechtes, § 204, I; Siegrist, Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses, S. 617

[2]) Schrutka, Grundriß S. 192 f.; Hasler, Feststellung S. 11, Anm. 4

[3]) Heusler, Grundlagen, Arch. f. c. Pr. Bd. 62, S. 209

[4]) Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, § 52 II; Rosenberg, a. a. O. § 113 II, 1; Schurter, Grundzüge S. 115.

[5]) Die APO (§ 123) nannte auch das Geständnis Beweismittel

den Beweismitteln zählen, die andern sie nur als Gehilfen des Richters ansehen [1]), schließt sich allerdings die ZPO der Gehilfentheorie an und durchbricht, wenn auch nicht vollständig, die Verhandlungsmaxime, wie sie in § 1 statuiert ist, indem sie die Zuziehung von Sachverständigen jederzeit von Amteswegen zuläßt (§ 203), dem Richter die Wahl derselben und die Bestimmung ihrer Zahl überläßt (§ 206), sie aus den gleichen Gründen wie den Richter ablehnbar macht (§ 208 I) und den Richter an ihr Gutachten nicht gebunden sein läßt (§ 216) [2]).

Wenn aber Keller meint, daß die ZPO sich «vollständig» der Gehilfentheorie anschließt, widerstreitet dem, daß Sachverständige auch auf Antrag der Partei zugezogen werden können (§ 203 I und III) und ihre Einvernahme, was Keller selber hervorhebt, insofern der Verhandlungsmaxime unterliegt, als der Richter von sich aus nur den von den Parteien beigebrachten Prozeßstoff begutachten lassen darf [3]).

Aehnlich liegt die Sache beim Augenschein (§ 217) und noch stärker ausgeprägt bei der Parteibefragung (§ 223).

Von diesen dreien unterscheidet sich der Zeugenbeweis (und der Urkundenbeweis) dadurch, daß sein Charakter als Beweismittel rein hervortritt, Beweisinstrument ist aber beim Zeugenbeweis nicht wie beim Urkundenbeweis (und Augenschein) eine Sache, sondern eine Person, der **Zeuge.**

Die ZPO gibt keine Legaldefinition des Zeugenbegriffes. Seine Bestimmung bleibt daher der Wissenschaft überlassen. Doch ergeben sich de lege lata die wichtigsten Anhaltspunkte schon aus der gesetzlichen Differenzierung zwischen dem Zeugenbeweis einerseits und dem Beweis durch Urkunden, Sachverständige, Augenschein und Parteibefragung andererseits.

Aus dieser Differenzierung ergibt sich zunächst, daß Zeuge im prozeßrechtlichen Sinne eine von den Parteien verschiedene, also am Rechtsstreit unbeteiligte Person ist [4]). Die nähere Abgrenzung gegenüber den Parteien und andern Personen, die als Beweismittel in Betracht kommen, bleibt dem nächsten Abschnitt vorbehalten.

Weitere Requisite des Zeugenbeweises ergeben sich aus §§ 143 und 215. Darnach dient dieser Beweis zur Erhärtung streitiger, er-

[1]) Vgl. Heusler, a. a. O. S. 243 ff; Wetzell, System § 442 a; Wach, Krit. Vierteljahresschrift XIV S. 337

[2]) Keller-Pfisterer, Die Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, S. 235

[3]) Keller-Pfisterer, a. a. O. S. 236

[4]) Die subjektiven und objektiven Requisite der **Zeugnisfähigkeit** werden unter II hernach behandelt

heblicher («auf die Entscheidung des Rechtsstreites einflußreicher», § 143 I), «vergangener Tatsachen oder Zustände» (§ 215). Der Zeugenbeweis oder das Zeugnis ist somit die Aussage einer am Rechtsstreit unbeteiligten Person über im Prozeß streitige, erhebliche, vergangene Tatsachen. Zu den einzelnen Begriffsmerkmalen ist zu bemerken:

Das Requisit der Nichtbeteiligung am Prozesse wird von Schurter [1]) als selbstverständlich und nicht in die Definition gehörend bezeichnet. Die Beweismittelnatur des Zeugnisses setze selbstredend voraus, daß der Zeuge weder Kläger noch Beklagter, noch überhaupt irgendwelche Partei, also auch nicht Intervenient sei, denn Partei und Beweismittel könne der Natur der Sache nach nicht eine und dieselbe Person sein. Diese Argumentation hängt mit der Auffassung von der Natur der Parteibefragung ab, die je nach der Einstellung des einzelnen Autors variiert. Die aargauische ZPO sieht auf jeden Fall die Parteibefragung als Beweismittel an, wie übrigens eine ganze Reihe anderer Prozeßordnungen [2]).

Objekt des Zeugenbeweises sind im Prinzip die Behauptungen der Parteien, die inhaltlich auf Tatsachen gehen. § 215 spricht von «Tatsachen oder Zuständen». Die Tatsache kann ein Zustand sein, wenn sie fortdauert oder sich in wahrnehmbarer Weise in einem Gegenstand der Außenwelt vollständig verkörpert vorfindet (im Gegensatz zu einer vergänglichen Tatsache = Ereignis). Der Ausdruck «Tatsache» deckt also auch Zustände. Bei näherer Betrachtung erweist sich, daß nicht eigentlich die Tatsachen als solche, sondern die Tatsachenbehauptungen Gegenstand des Beweises sind [3]), was § 143 mit Recht hervorhebt.

Fremdes Recht ist nach dem Wortlaut der ZPO nicht Gegenstand des Beweises, da § 143 III nur von behaupteten Tatsachen spricht [4]). Allein die Praxis nimmt an, daß hier eine Lücke des Gesetzes vorliegt und macht ausländisches Recht zum Gegenstand des Beweises [5]).

Erheblich ist eine behauptete Tatsache, wenn sie, wie dies § 143 I ausdrücklich besagt, auf die Entscheidung des Rechtsstreites

[1]) Schurter, a. a. O. S. 253, anders Wetzell, System § 23 und die herrschende Meinung

[2]) Bern Art. 212, Zürich § 172 ff., St. Gallen Art. 217, Schwyz § 210 u. a. m.

[3]) Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts § 76 II;
Rosenberg, a. a. O., § 114, II 2; Planck, Lehrbuch § 106 I A

[4]) Keller-Pfisterer, § 143, W. 7a, S. 189, anders ausdrücklich Zürich § 157, Zug § 157, BZP Art. 3

[5]) VJS 1937 No. 10 S. 48 ff.

«einflußreich» ist, sodaß bei ihrer Nichtberücksichtigung das Urteil anders ausfallen müßte [1]).

Streitig sind gemäß § 143 I die von einer Partei behaupteten Tatsachen, insoweit sie nicht «der Gegner im Laufe des Prozesses in seinen Rechtsschriften oder bei der mündlichen Verhandlung ausdrücklich als richtig zugestanden hat, oder welche bei dem Gerichte «nicht» offenkundig sind, oder für deren Richtigkeit «nicht» eine gesetzliche Vermutung besteht.

Es handelt sich beim Zeugenbeweis um vergangene Tatsachen, also begrifflich um einen historischen Beweis. Ueber gegenwärtige Tatsachen kann sich der Richter in der Regel durch eigene Wahrnehmung (Augenschein) überzeugen.

b) Die große Bedeutung des Zeugenbeweises geht schon daraus hervor, daß man die Zeugen «Augen und Ohren der Gerechtigkeit» zu nennen pflegt. Augenschein, Urkunde und Zeuge sind nach Schurter [2]) die einzigen natürlichen Beweismittel, weil die Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit einer Tatsache ihm immer nur durch deren Wahrnehmung vermittelt werden kann und eine Wahrnehmung nur durch unmittelbare Anschauung des Richters (Augenschein), durch sichtbare Kenntnisnahme durch Verkörperung (Urkunde) oder aber durch Zeugenaussage möglich ist.

Der Augenschein ist aber nur an gegenwärtigen Tatsachen möglich, der Urkundenbeweis hat wegen der Dauerhaftigkeit und Zuverlässigkeit der Erklärung dem Zeugenbeweis manches voraus, aber die Urkunde hat nur soviel Beweisvermögen, als man in sie hineinlegt. Ueber mündliche Nebenvereinbarungen und Nebenumstände gibt sie keinen Bescheid. So sind denn die sachlichen Beweismittel sicher wertvoll, müssen aber meistens durch den Zeugenbeweis ergänzt werden. Der Zeugenbeweis, der dem Prinzip der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit gerecht wird, ist universell und als solcher unersetzlich. Der Wert der sachlichen Beweismittel besteht darin, daß sie als Realien zwar objektiv sind, aber in vielen Fällen des Zeugenbeweises trotz seines mehr subjektiven Charakters zu ihrer Ergänzung und Kontrolle bedürfen.

Der Nachteil des Zeugenbeweises liegt in der Unvollkommenheit des menschlichen Auffassungs- und Erinnerungsvermögens, in der subjektiven Färbung der Aussage und in den psychologischen Einflüssen, denen der Zeuge unterworfen ist, was im 3. und 4. Abschnitt dieses Kapitels näher behandelt wird.

[1]) Rosenberg, a. a. O. § 114 II 3
[2]) Schurter, a. a. O S. 119

2. Die Abgrenzung des Zeugenbeweises von den übrigen Beweismitteln

a) Der Zeuge als Auskunftsperson im Prozeß ist zunächst von der Partei abzugrenzen. Partei im Sinne der ZPO ist jede Person, welche der Parteibefragung unterliegt [1]). Dazu gehören nicht nur Kläger und Beklagter sowie ihre Streitgenossen (§ 24 ff.), sondern auch die Personen, welche infolge Nebenintervention oder Streitverkündung am Prozeß teilnehmen (§ 224) und welche die aarg. ZPO ihrer Eigenart nach zu den Streitgenossen rechnet (§§ 32 und 40). Des weitern unterliegen der Parteibefragung im Falle der Urteilsunfähigkeit einer Partei, eines Nebenintervenienten oder eines Streitberufenen ihre gesetzlichen Vertreter (§ 226).

Treten Personenverbände als Parteien auf, unterliegen der Parteibefragung gemäß § 229 I in der Regel die vertretungsberechtigten Personen. Bei mehreren Vertretungsberechtigten entscheidet der Richter, wenn die Parteien über die zu befragenden Personen und deren Zahl nicht einig sind, darüber nach freiem Ermessen (§ 229 III).

Weitere Anhaltspunkte über die Parteieigenschaft gibt die ZPO nicht. Doch kommt Parteistellung gleichfalls zu dem **Konkursverwalter** [2]), dem **Gemeinschuldner** im Prozeß der **Konkursmasse** [3]), den Organen der iuristischen Person (Art. 54, 55 ZGB), dem **Testamentsvollstrecker** (Art. 518 und 602 III ZGB), dem **Erbschaftsverwalter** (Art. 602 III ZGB), soweit ihnen als gesetzlichen Vertretern das Prozeßführungsrecht zusteht [4]).

b) Der Zeuge ist auch vom Sachverständigen, der gleichfalls Auskunftsperson ist, abzugrenzen. Keller erblickt den Unterschied zwischen Zeugen und Sachverständigen darin, daß der Zeuge über vergangene Tatsachen aussagt, während der Sachverständige berufen ist, gegenwärtige Tatsachen festzustellen, deren Wahrnehmung besondere Kenntnisse verlangt [5]). Das trifft in vielen Fällen zu. Es kann aber auch vorkommen, daß ein Sachverständiger über vergangene Tatsachen aussagt: Ein Experte hat eine Person untersucht, um dem Gericht über den Befund zu berichten; zur Zeit des Berichtes ist die untersuchte Person bereits verstorben [6]). Das Unterscheidungs-

[1]) Keller-Pfisterer, a. a. O., S. 223
[2]) BGE 33 I 146
[3]) Ausdrücklich z. B. Art. 277 III bern. ZPO
[4]) Leuch zu Art. 35 A 1 bern. ZPO
[5]) Keller-Pfisterer, a. a. O. S. 222
[6]) Hegler, Unterscheidung des Sachverständigen vom Zeugen, Arch. für civ. Praxis, Bd. 104, S. 233

kriterium der Gegenwart, bezw. Vergangenheit einer Tatsache trifft also nicht für alle Fälle zu.

Nicht einmal die besondere Sachkunde ist durchwegs das unterscheidende Merkmal. Es gibt Fälle, in denen sich der Richter einer Auskunftsperson ohne besondere Sachkunde bedient, wo ihn Gefahr, Unannehmlichkeit, Anstandsrücksichten oder mangelnde persönliche Fähigkeiten (z. B. schlechtes Gehör, Kurzsichtigkeit) von der Wahrnehmung abhalten [1]).

Auch die Abgrenzung, die darin erblickt wird, daß der Zeuge Tatsachen, der Sachverständige Urteile berichtet, hält einer Kritik nicht stand, da Tatsachen und Urteile keine Gegensätze bilden. Der Zeuge, der seine Wahrnehmung schildert, läßt zugleich sein Urteil über das Beobachtete einfließen. Er teilt nicht nur photomäßige Tatsachenbilder, sondern zugleich urteilsmäßige Folgerungen mit [2]).

Hegler [3]) erblickt das Unterscheidungsmerkmal darin, daß das Verhältnis des Zeugen zum Gerichte infolge seiner individuellen, historischen Beziehung zum Prozeßstoff ein gegebenes sei, dasjenige des Sachverständigen ein gewillkürtes. Der Zeuge sei unvertretbar, der Sachverständige hingegen vertretbar. Kunelsky [4]) macht darauf aufmerksam, daß auch der Zweck der Aussagen verschieden ist. Die Zeugenaussage soll den Richter von der Wahrheit einer bestrittenen Tatsache überzeugen, das Sachverständigengutachten hingegen hat dem Richter die ihm fehlende Kenntnis zur Beurteilung des konkreten Falles zu vermitteln. Dies trifft jedoch bei den sogen. Laiengutachten nicht zu, da hier dem Richter keine Kenntnis mangelt.

Alle diese Zweifel über das unterscheidende Kriterium entfallen, wenn die seltenen sog. Laiengutachten als Abart des Augenscheines betrachtet werden, da der Richter sich ihrer dort bedient, wo er eigentlich aus persönlichem Augenschein seine Ueberzeugung schöpfen sollte. Dann greift das Unterscheidungsmerkmal durch, daß Zeuge ist, wer **seine konkreten Wahrnehmungen** berichtet, Sachverständiger, wer dem Richter die ihm fehlende Kenntnis von **Erfahrungssätzen** darbieten soll [5]).

Ueber den sog. **sachverständigen Zeugen** (Marginale zu § 215) spricht sich § 215 ZPO deutlich aus: «Wenn zum Beweise vergangener Tatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine beson-

[1]) Planck, a. a. O. S. 160; Hegler, a. a. O. S. 154 ff. Auf diese sog. «Laiengutachten» werden die Regeln über das Verfahren bei den Sachverständigen angewendet

[2]) Hegler, a. a. O. S. 172 ff.; Stein, a. a. O. S. 8, Anm. 18

[3]) Hegler, a. a. O. S. 246

[4]) Kunelsky, Der Sachverständige S. 23, im zürch. Zivilpr.

[5]) Jonas, Die ZPO, 16. Aufl., Bd. I, Vor § 373, Tübingen 1938

dere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.» Mit Recht betrachtet die ZPO den sachverständigen Zeugen als Zeugen, weil seine Tatsachenbekundung, nicht seine Fachkenntnis die Hauptsache bedeutet.

c) Der Urkundenbeweis [1]) unterscheidet sich vom Zeugenbeweis dadurch, daß bei ihm der Beweis nicht durch eine Person, sondern durch eine Sache, die Urkunde, erbracht wird. Die Urkunde bringt die zu beweisende Tatsache zu schriftlichem Ausdruck, während der Zeuge Tatsachen aus eigener Wahrnehmung bekundet [2]). Dieser äußere Unterschied zwischen Zeuge und Urkunde wird mit der Bezeichnung «viva vox» des Zeugen und «mortua vox» der Urkunde hervorgehoben [3]). Innerlich unterscheidet sich der Urkundenbeweis vom Zeugenbeweis dadurch, daß er viel weniger als der Zeugenbeweis Fehlerquellen ausgesetzt ist. Die Urkunde zeichnet sich in der Regel aus durch ihre Dauerhaftigkeit und Unveränderlichkeit, während eine Zeugenaussage allen möglichen Einflüssen unterworfen ist [4]). Baumbach [5]) nennt daher den Urkundenbeweis den «zuverlässigsten von allen Beweisen» und den Zeugenbeweis «unsicheren schlechten Beweis».

d) Als letztes Beweismittel im Sinne der ZPO ist noch der Augenschein [6]) aufzuführen und vom Zeugenbeweis abzugrenzen. Der Augenschein hebt sich dadurch vom Zeugenbeweis ab, daß der Richter die Tatsachen, soweit sie in gegenwärtigen Zuständen bestehen, selbst wahrnimmt, sei es, daß diese Zustände die unmittelbar erheblichen Tatsachen oder, daß sie Indizien für frühere Ereignisse sind. Beim Zeugenbeweis hingegen werden dem Richter die Tatsachen durch Drittpersonen, Zeugen, bekundet, er nimmt sie nicht unmittelbar durch seine Sinne wahr. Die unmittelbare Sinneswahrnehmung durch den Richter verschafft diesem die größtmöglichste Gewißheit über die Wahrheit einer Tatsache. Der Augenschein hat daher größeren Beweiswert als die Zeugenaussage.

[1]) § 155 ZPO

[2]) Vgl. Heusler, Grundlagen S. 224

[3]) Vgl. Heusler, Grundlagen S. 224; Gland, Die Stammbegriffe des zivilprozessualen Urkundenbeweises, Diss. jur. Rostock 1911/12, S. 62

[4]) Vgl. hiezu Baumbach, Kurzkommentar S. 539

[5]) Baumbach, Elementarbuch S. 43 und S. 45

[6]) §§ 217 ff. ZPO

3. Beweiswert und Beweiskraft der Zeugenaussage

Im Gegensatz zur alten ZPO (§§ 171, 172 und 173) und zu den Prozeßordnungen einer Reihe anderer Kantone enthält die aarg. ZPO keine Regeln über den Beweiswert und die Beweiskraft des Zeugnisses. Während selbst Prozeßordnungen, die auf dem System der freien Beweiswürdigung fußen, Zeugenausschließungs- und Zeugenablehnungsgründe vorsehen [1]), hat die aarg. ZPO alle Vorschriften, die sich auf die Glaubwürdigkeit von Zeugen beziehen, restlos beseitigt. Sie kennt keine Kategorien von klassischen, unzulässigen oder verwerflichen Zeugen, keine Regulierung der Intensität der Beweiskraft.

Da aber der Richter den Beweiswert und die Beweiskraft nicht mehr nach einer gesetzlichen Beweistheorie bestimmen kann, trifft ihn die schwere und verantwortungsvolle Aufgabe, diese Qualitäten nach eingehender Prüfung aller Verhältnisse und der Beziehungen des Zeugen, insbesondere zu den Prozeßparteien und der Streitsache, in jedem Einzelfalle frei zu bestimmen. Einerseits hat er die individuelle **Glaubwürdigkeit des Zeugen** zu prüfen, andererseits die **Glaubwürdigkeit seiner Aussage.**

Zu den Wertungskriterien der **Glaubwürdigkeit eines Zeugen** gehören folgende Faktoren: [2])

a) **Personelle Faktoren:** Dazu rechnet man Alter, Herkunft, Familie, soziales Milieu, Bildungsgang, Berufsausbildung, Stellung im Beruf, Sonderinteressen, Neigungen usw.

Was das Lebensalter anbetrifft, kennt die ZPO keinen Ausschluß von Kindern als Zeugen, wie dies noch die alte ZPO vorsah (bis zum 12., bzw. 16. Altersjahr).

Der Richter muß daher im Einzelfall sich darüber schlüssig werden, ob er ein Kind etwa mit Rücksicht darauf, daß ihm die Verantwortlichkeit des Zeugen nicht klargemacht werden kann, von der Zeugenschaft ausschließen soll, oder bei Zulassung dessen Glaubwürdigkeit z. B. wegen leichter Beeinflußbarkeit als herabgemindert anzusehen hat.

Die andern genannten Faktoren stellen nachkontrollierbare Lebensdaten vor und geben ein gewisses Bild über die Stabilität oder Labilität des Lebenslaufes sowie über die Stellung des Zeugen zu Menschen und Dingen.

[1]) Wie z. B. Zürich (§ 185), St. Gallen (§§ 238, 239), Schwyz (§ 235, 236)

[2]) Vgl. Plaut, Der Zeuge und seine Aussage im Strafprozeß S. 189 ff.; Schurter, a. a. O. S. 264 ff.

b) **Charakterologische Faktoren.** Daß vom Charakter eines Zeugen auf seine Glaubwürdigkeit geschlossen werden kann, liegt auf der Hand. Läßt sich ein großer Lebensabschnitt, eine Entwicklung überblicken, können in der Regel gewisse durchgehende Charakterzüge festgestellt werden, welche die Beurteilung der Glaubwürdigkeit erleichtern.

c) **Somatisch-psychische Faktoren.** In dieser Richtung sind besonders physiologische und psychische Funktionsstörungen beachtlich, welche die Zuverlässigkeit der Beobachtung, des Gedächtnisses und der Erinnerung sowie der Mitteilungsfähigkeit herabsetzen können (bei Greisen, Kranken usw.).

d) **Ethische Faktoren.** Die sittliche Verläßlichkeit und insbesondere die Wahrheitsliebe des Zeugen [1]), sein guter oder schlechter Leumund, im Falle von Verurteilungen die Beschaffenheit der strafbaren Handlungen.

e) **Affektive Faktoren.** Die Glaubwürdigkeit eines Zeugen können mindern dessen Zu- oder Abneigung gegenüber der Partei, Verwandtschaft, Freundschaft, Feindschaft, Abhängigkeitsverhältnisse zwischen Zeuge und Partei (Dienstverhältnis usw.), unmittelbares oder mittelbares Interesse am Ausgang des Prozesses.

Auf diese Wertungskriterien hat der Richter umsomehr Rücksicht zu nehmen, weil die ZPO auf den Eid in all' seinen Formen verzichtet hat.

Von der Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen verschieden ist die der **Glaubwürdigkeit seiner Aussage.** Mag der Zeuge an sich auch glaubwürdig erscheinen, kann doch der Inhalt seiner Aussage fragwürdig erscheinen. Dies ist der Fall, wenn der Inhalt der Aussage physisch unmöglich ist, wenn sich der Zeuge bona fide widerspricht, wenn verschiedene glaubwürdige Zeugen eine divergierende Darstellung des gleichenTatbestandes geben [2]). Sache des Richters ist es in solchen Fällen, das Gewicht der einzelnen Aussagen für sich allein und gegeneinander sorgfältig abzuwägen und darnach seine Schlüsse zu ziehen [3]).

Ueber die Beweiskraft der Zeugenaussage im Verhältnis zur Parteiaussage hat sich das Obergericht in einem Entscheid [4]) dahin ausgesprochen, daß der Parteiaussage nicht die Wirkung zukommen solle, Zeugenaussagen zu entkräften, die nicht anders als mit der Parteiaussage angefochten werden können. Die Zumessung geringe-

[1]) Glaser, Beiträge S. 239
[2]) Schurter, a. a. O., S. 295 ff.
[3]) Vgl. dazu die Ausführungen des VII. Kap. hernach
[4]) VJS VIII, Nr. 52, S. 87

rer Beweiskraft an die Parteiaussage als an die Zeugenaussage erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Es wäre ein Verstoß gegen das Prinzip der freien Beweiswürdigung, wenn dem Richter nicht das Recht zustände, in einem Einzelfall der Parteiaussage mehr Glauben beizumessen als der Zeugenaussage. Die Subsidiarität der Parteibefragung im aarg. Zivilprozeß (§ 223) bedeutet nicht, daß ihr prinzipiell geringere Beweiskraft zukommt als dem Beweisgrund eines andern Beweismittels. Ordnet der Richter die Parteibefragung an, muß ihm unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung das Recht zustehen, der Parteiaussage den entscheidenden Beweiswert beizumessen.

4. Die Psychologie der Zeugenaussage

Hier sollen die psychologischen Elemente, aus denen die Aussage entsteht, erörtert werden. Plaut [1]) zählt zu diesen psychologischen Elementen der Zeugenaussage die Intelligenz, die Wahrnehmung, die Erinnerung und das Gedächtnis.

a) Aus diesen Quellen können sich **unbewußte Aussagenfälschungen** gutgläubiger Zeugen ergeben. In ihrer großen Mehrzahl sind — nach Hellwig [2]) — die Aussagefehler auf ungenaue Wahrnehmung zurückzuführen. Die wichtigste Vorbedingung für die Zuverlässigkeit einer Wahrnehmung ist das mit ihr verknüpfte Interesse. Ohne Interesse gemachte Beobachtungen sind zu einem großen Teil so kraftlos, daß sie gar nicht bis zum Bewußtsein vordringen oder nur sehr ungenau rezipiert werden. Als Professor Claparède in Genf eines Tages seine Hörer nach der Zahl, örtlichen Lage und Beschaffenheit mehrerer Korridorfenster in der Universität befragte, an denen sie täglich vorbeikamen, waren 90 % der Aussagen falsch [3]). Wie wenige könnten auf Befragen ihre Zimmertapete beschreiben! Gefährlicher sind die Zeugen, die wirklich Wesentliches bewußt wahrgenommen haben und deren Wahrnehmung doch in irgendeiner Beziehung fehlerhaft ist.

Weitere unbewußte Aussagefälschungen sind auf die Unzuverlässigkeit der Sinne zurückzuführen. Die größte Bedeutung für die forensische Praxis haben Augenfehler, während die Fehler, die bei Wahrnehmungen der übrigen vier Sinne unterlaufen, von geringerem Belang für die Praxis sind.

[1]) Plaut, a. a. O. S. 6 ff.
[2]) Hellwig, Psychologie und Vernehmungstechnik S. 142
[3]) Gorphe, La Critique du Témoignage S. 284

In noch weit größerem Maße als die sinnlichen Wahrnehmungen gibt die vergleichende, abschätzende, deduzierende und ergänzende Tätigkeit des **Intellekts** Anlaß zur Kritik. Persönliche Auffassungen, Schlußfolgerungen, die Phantasie geben der Subjektivität den größten Spielraum. Gorphe [1]) erwähnt die Verurteilung eines Unschuldigen, des Schusters Lerouge, zum Tode, von dem zehn Personen am hellen Tage gesehen haben wollten, daß er seinen Hauswirt ermordet habe. Später gestand der wirkliche Mörder seine Tat. Was die Zeugen gesehen haben, war eine Perücke und eine Schusterschürze, die denen des Verurteilten ähnlich waren und die der Mörder angezogen hatte, um den Verdacht von sich abzulenken.

Erinnerungsfälschungen können daraus entstehen, daß wir etwas als wirkliches Erlebnis wiedererkennen, was wir in Wahrheit nur in Gedanken oder überhaupt nicht erlebt haben. Es gibt auch Unvollständigkeiten des Erinnerungsbildes, deren sich der Zeuge nicht bewußt ist, weil er zur Zeit der Wahrnehmung erregt, angeheitert oder betrunken war. Eine weitere Ursache von Erinnerungsfälschungen entsteht aus der Vermengung realer Wahrnehmungen mit bloßen Gedankengängen. Bei wiederholten Vernehmungen prägen sich die Zeugen oft den Tatbestand genauer ein, aber nicht denjenigen, den sie erlebt, sondern denjenigen, den sie bekundet haben.

Auch die sprachliche Gestaltung der Aussage und die Fragestellung des Richters können zu Fehlerquellen werden. Das Mißverhältnis zwischen dem einfachen Durchschnittszeugen und dem an Bildung, Wissen und Gewandtheit überlegenen Richter schafft oft eine Spannung, die sich leicht in Suggestion umsetzen kann. Auch durch ungeschickte Fragen — abgesehen von Fang- und Suggestivfragen — kann der Zeuge in eine falsche Bahn gelenkt werden. Ueber die Farbe der Aussage bemerkt mit Recht Groß [2]), daß man durch gemütliches Erzählen einer schlimmen Sache ihre Schärfe nehmen kann, während harmlose Vorgänge durch die Darstellung von Schwarzsehern ein düsteres Aussehen erhalten.

b) **Bewußte Fälschungen der Zeugenaussage** entstehen aus Motiven mannigfacher Art. Die Alltäglichkeit der Lüge spielt schon an sich eine große Rolle im menschlichen Zusammenleben. Die Lüge ist z. B. das landläufigste Mittel, fremdes Eindringen in die persönliche Geheimsphäre abzuwehren. Sie ist die Waffe des Schwächeren in der Verteidigung seiner Interessen gegen stärkere Gewalten. Im gesellschaftlichen Verkehr spielt die sog. «konventionelle Lüge» keine geringe Rolle.

[1]) Gorphe, La Critique du Témoignage S. 579.
[2]) Groß, Handbuch für Untersuchungsrichter S. 387, 388

Ein verstärkter Anreiz zur Lüge entsteht im Prozeß, wo entgegengesetzte Interessen am unversöhnlichsten aufeinanderprallen. Nicht nur bei Parteien, sondern auch bei Zeugen führen die bereits im vorigen Abschnitt erwähnten affektiven Faktoren zu Unaufrichtigkeiten, bald in Form direkter Lügen, bald in vorsichtig abgewogenen Veränderungen des Tatbestandes. In weiten Kreisen — bemerkt Hecker [1]) — gilt es kaum als Unrecht, bei der Zeugenaussage durch Ueber- oder Unterbetonen einzelner Punkte soweit als möglich den eigenen Wünschen entgegenzukommen und sich dabei knapp an einer direkten Lüge vorbeizuwinden.

Motive zur bewußten Lüge können aber nicht nur affektive Faktoren wie Zu- und Abneigung, Eigeninteressen, Angst, Scham, Eitelkeit sein, sondern auch Charakterdefekte. Es gibt interessenlose, gewohnheitsmässige und krankhafte (Alkoholiker, Morphinisten und Epileptiker) Lügner und solche mit sogen. pseudologia phantastica.

Die Kunst der Beweisaufnahme hat bisher noch nicht recht die ihr zukommende Anerkennung gefunden Mit Recht klagt Landgerichtdirektor Hellwig [2]) über die «Ueberschätzung der Rechtsfrage gegenüber der Tatfrage». Der angehende Richter sollte in der Vernehmungstechnik eine entsprechende Schulung durchmachen. Zu dieser Technik gehört die Prüfung der Aufrichtigkeit des Zeugen, seiner Wahrnehmungsfähigkeit, seiner Erinnerung. Auch das Wechselspiel von Rede und Gegenrede bei der Vernehmung erfordert eine gewisse Technik des Richters. Dazu gehört, daß er in der dem Zeugen eigenen einfachen Sprache mit ihm spricht, sich seinem Niveau anpaßt und bemüht ist, der Ausdrucksweise des Zeugen, dem Ton, seinen Reaktionen ein Maximum von Aufschlüssen zu entnehmen.

Am Schluß der Vernehmung sollte der Richter mit dem Zeugen noch einmal das durchgehen, was er ausgesagt hat, um ihm Gelegenheit zu geben, das Gesamtbild seiner Aussage auf Richtigkeit und Vollständigkeit durchzuprüfen.

[1]) Hecker, Ueber die Problematik des Zeugenbeweises S. 33

[2]) Hellwig, «Vernehmungstechnik und Eidnot» in JW 1929, Seite 1447

II. Der Zeuge

Ebensowenig wie über den Begriff des Zeugen enthält die ZPO eine Bestimmung über die Zeugnisfähigkeit. Es ist daher zunächst der Begriff des Zeugen festzustellen und hernach aus diesem derjenige der Zeugnisfähigkeit zu gewinnen.

1. Begriff des Zeugen

Im ersten Kapitel (I, 1) wurden die Person des Zeugen und des Zeugenbeweises umschrieben. Es ist dort festgestellt worden, daß der Zeuge eine von den Prozeßparteien verschiedene, also eine am Rechtsstreit unbeteiligte Person sei, die sich vom Sachverständigen unterscheide.

Aus § 196 ergeben sich weitere Aufschlüsse über den Zeugenbegriff. Nach dieser Bestimmung sollen sich die Zeugen «nur über solche Sachen aussprechen, von denen sie aus eigener Sinneswahrnehmung Kenntnis haben». Daraus folgt, daß der Zeuge durch eigene Sinneswahrnehmung von bestimmten Tatsachen Kenntnis haben muß («solche Sachen» ist etwas laienhaft ausgedrückt) und berufen wird, über sie dem Richter zu berichten. Um welche Tatsachen es sich handelt, wurde bereits unter I, 1 hievor festgestellt; es handelt sich um im Prozeß streitige, erhebliche, vergangene Tatsachen.

Eigene Sinneswahrnehmung scheint Zeugnisse über Hörensagen auszuschließen. Lange galt im Prozeßrecht der Satz, daß testes ex auditu unzulässig seien. Erst Wetzell [1]) hat diesen Bann gebrochen. Es kommt in der Tat, sofern eine Prozeßordnung nicht ausdrücklich die Abhörung von testes ex auditu untersagt, nicht darauf an, ob der Zeuge eine Tatsache selbst wahrgenommen oder ob er nur von einem andern gehört hat, daß dieser oder vielleicht noch ein Dritter eine Tatsache wahrgenommen hat. Solche Zeugnisse sind zulässig; denn sie gründen sich auf eigene Sinneswahrnehmung. Die Frage ist nur, ob das Hörensagen an sich relevant sei oder nicht [2]).

Zeuge im Sinne der aarg. ZPO ist daher eine von den Prozeßparteien verschiedene Person, welche über eigene Sinneswahrneh-

[1]) Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses § 23 I

[2]) Heilfron, S. 756; Schurter, S. 252; Keller-Pfisterer, § 196 N. 1. S. 233

mungen, die sie über vergangene, im Prozeß streitige, erhebliche Tatsachen gemacht hat, vor dem Richter auszusagen berufen ist.

Damit wird von der Definition des aarg. Kommentators [1]) in zwei Punkten abgewichen:

Keller spricht nur von Wahrnehmungen, während § 196 ausdrücklich von Sinneswahrnehmungen spricht. Wahrnehmungen können aber nicht bloß sinnliche über sog. äußere, sondern auch seelische über sog. innere Tatsachen sein, wie vom Zeugen empfangene Eindrücke oder Ansichten, die er sich gemacht hat [2]). In der aarg. ZPO werden nun durch das Bestimmungswort «Sinnes»-Wahrnehmungen solche seelischer Art ausgeschlossen. Es steht dem Gesetzgeber frei, den Zeugenbeweis auf die Sinnes-Wahrnehmungen einzuschränken, wie er z. B. auch die Zeugnisse ex auditu ausschließen könnte.

Begrifflich versteht Keller unter Zeugen Personen, die «imstande waren», eine vergangene Tatsache wahrzunehmen, während in dieser Arbeit darauf abgestellt wird, daß der Zeuge berufen wird, über Wahrnehmungen auszusagen, weil die Befähigung zur Wahrnehmung kein Wesensmerkmal des Zeugenbegriffes, sondern der Zeugnisfähigkeit ist. Formell ist nämlich schon derjenige Zeuge, der vom Gericht als solcher behandelt wird. Die formelle Eigenschaft wird einer Person durch den Richter schon dadurch gegeben, daß er sie zur Zeugenschaft beruft, um über gemachte Wahrnehmungen auszusagen. Ob der Berufene auch materiell Zeuge wird, hängt von seinen natürlichen Eigenschaften, insbesonders von seiner Zeugnisfähigkeit ab. Niemand wird von vornherein als unfähig betrachtet, als Zeuge einvernommen zu werden.

2. Die Zeugnisfähigkeit

Aus der Begriffsbestimmung des Zeugen ergibt sich, daß zur Zeugnisfähigkeit ein doppeltes subjektives Requisit erforderlich ist: Wahrnehmungsfähigkeit und Mitteilungsfähigkeit.

a) Die Wahrnehmungsfähigkeit verlangt wieder ein doppeltes: den normalen Gebrauch der Geisteskräfte und die zur Wahrnehmung notwendigen Sinnesorgane. Insbesondere kommt es auf das erforderliche Geistes- und Sinnesvermögen zu der Zeit an, da der Zeuge die Wahrnehmung gemacht haben soll. Dies hat die alte ZPO § 172 a ausdrücklich bestimmt. Die Bestimmung wurde aber in der geltenden ZPO mit Recht fallen gelassen, da die freie Beweiswürdigung, wie

[1]) Keller-Pfisterer, S. 222

[2]) Heilfron, S. 756 N 1; Stein, § 283 N 13 deutsch. ZPO

bereits im I. Kapitel hervorgehoben wurde, auch die Würdigung der Zeugnisfähigkeit, bzw. die Beurteilung des Vorhandenseins ihrer Requisite in sich begreift. Sollten dazu im Einzelfalle medizinische oder andere Sachkenntnisse notwendig sein, steht es dem Richter frei, Sachverständige zur Begutachtung der betreffenden mentalen und somatischen Zustände heranzuziehen.

Die ZPO stellt keine physischen oder psychischen Anforderungen mehr an die Person des Zeugen, sodaß auch Geisteskranke als Zeugen einvernommen werden können, wenn nicht die Geisteskrankheit einen Grad erreicht, der die Vernehmung überhaupt unmöglich macht oder sie als zwecklos erscheinen läßt. Ueber Kinder vgl. I, 1 hievor.

b) Die Mitteilungsfähigkeit bedeutet das Vermögen, früher gemachte Sinneswahrnehmungen gegenwärtig zu bekunden. Dies bestimmte grundsätzlich richtig noch die alte ZPO im § 172 b. Mit seiner Aussage soll der Zeuge vor Gericht bekunden können, was er beobachtet, wahrgenommen, erfahren und erlebt hat, und zwar zu einem bestimmten Zeitpunkt, bei einer konkreten Gelegenheit, an einem bestimmten Ort und in einer bestimmten physischen und geistigen Verfassung. Dem Zeugen wird damit gleichzeitig eine Gedächtnis- und eine Reprodukionsleistung zugemutet, zu der er befähigt sein soll. Auch darüber, ob der Zeuge überhaupt fähig ist, die gemachten Wahrnehmungen richtig zu bekunden und zu formulieren, bestimmt der Richter nach freiem Ermessen. In zweifelhaften Fällen wird er Sachverständige zur Begutachtung der Mitteilungsfähigkeit beiziehen.

Uebereinstimmend mit dem Bundeszivilprozeß (Art. 109 II) bestimmt § 198, daß der Zeuge, insofern er zum Sprechen fähig ist, seine Aussagen stets mündlich zu erteilen hat. Die Mitteilungsfähigkeit ist also in erster Reihe mündliche Bekundungsfähigkeit. Schriftlich abgegebene Erklärungen und Bescheinigungen von Personen, die als Zeugen einvernommen werden könnten, sind daher im Prozeß unbeachtlich. Solche «Zeugenbescheinigungen» entbehren jeder Beweiskraft [1]).

Der Grund dieser Bestimmung liegt auf der Hand. Das schriftliche Zeugnis gibt keinen Aufschluß darüber, wie der Aussteller zur Wahrnehmung der streitigen Tatsache gelangt ist. Es ermöglicht keine Kontrolle über das Verhältnis des Ausstellers zu den Parteien, im besondern nicht zu derjenigen Partei, die das Zeugnis produziert. Der Richter kann den Zeugen nicht zur Wahrheit ermahnen,

[1]) Vgl. in VJS 34, 75, N. 20 Erw. II das Urteil über das Flurprozeßverfahren, dessen Erwägungen auch auf den ordentlichen Zivilprozeß zutreffen

durch Fragen dunkle Punkte und ungenügende Angaben abklären und ergänzen. Es fehlen beim schriftlichen Zeugnis die richterliche Unmittelbarkeit, die wichtigste Garantie für die Wahrheitsermittlung, sowie die Beteiligung der Parteien und der Gerichtsmitglieder an der Befragung und schließlich die Konfrontation mit andern Zeugen. Die alten Prozeßtheoretiker sagten: «litterae non erubescunt [1]).

Diese Regel schließt nicht aus, daß Personen, die wegen Stummheit oder wegen eines schweren Sprachfehlers nicht mündlich aussagen können, ihre Depositionen schriftlich niederlegen. § 193 bezieht sich nur auf Personen, die «zum Sprechen fähig» sind. Wer auch nicht schriftlich seine Depositionen niederlegen, sich aber mit Zeichen verständigen kann, wie z. B. der Taubstumme, kann eventuell mit Hilfe von Sachverständigen vernommen werden.

[1]) Schurter S. 206

III. Die Zeugnispflicht

Gemäß § 183 ist «jedermann verpflichtet, in einem Rechtsstreit der Wahrheit gemäß Zeugnis abzulegen». Die Zeugnispflicht ist nicht ein prozeßrechtlicher, sondern ein staatsrechtlicher Begriff und könnte in der Verfassung statuiert werden. Sie ist ein Ausfluß der Gerichtshoheit des Staates. Da der Rechtsschutz ohne eine allgemeine Zeugnispflicht versagte, muß diese Pflicht nicht bloß als staatsbürgerliche, d. h. allen Staatsangehörigen auferlegte Pflicht erklärt, sondern als öffentlich-rechtliche auf alle innerhalb des Staates befindlichen Personen ausgedehnt werden [1]).

Mit Recht stellt sich daher die ZPO auf den Standpunkt der allgemeinen Zeugnispflicht. Immerhin ist das Wort «jedermann» nur auf die der schweiz. Gerichtsgewalt unterstehenden Personen auszudehnen, die sich im Inlande befinden. Und selbst von diesen sind nach anerkannten völkerrechtlichen Grundsätzen ausgeschlossen die sog. Exterritorialen [2]). Wir werden sehen, daß die Erscheinungspflicht sogar noch enger zu fassen ist.

Die Zeugnispflicht ist, wie auch aus § 183 folgt, die Pflicht, den Richter in der Erforschung der Wahrheit zu unterstützen. Sie umfaßt die Erscheinungspflicht, die Aussagepflicht und die Wahrheitspflicht [3]).

1. Die Erscheinungspflicht

Der ordnungsmässig geladene Zeuge (vgl. Kapitel V hernach) ist erscheinungspflichtig, d. h. er hat zur vorgeschriebenen Zeit und am vorgeschriebenen Ort vor dem Prozeßrichter persönlich zu erscheinen (§ 186). Doch erfaßt die Erscheinungspflicht nach dieser

[1]) Schurter 227; Laband, Staatsr. III S. 350 ff; anderer Meinung Glaser, in Holtzendorfs Rechtslexik. III 1403; Hélie, Traité de l'instruction criminelle 442

[2]) Leuch, N 2 Art. 243 bern. ZPO

[3]) Die übliche Einteilung ist in die Erscheinungs-, Aussage- und Beeidigungspflicht, die den meisten Gesetzen zugrunde liegt. Da aber die Beeidigungspflicht in der aarg. ZPO nicht mehr besteht und das Gesetz die Wahrheitspflicht besonders hervorhebt (§ 183 I), legen wir die obige Dreiteilung zugrunde.
Vgl. auch Planck, Lehrb. d. Zivilpr. II/1 S. 205

Bestimmung nur die Kantonseinwohner. Der in einem andern Kanton wohnhafte Zeuge ist zwar gemäß § 187 I in der Regel ebenfalls vor den Prozeßrichter zur Einvernahme vorzuladen, ist aber nicht erscheinungspflichtig.

Weigert er sich, vor dem Prozeßrichter zu erscheinen, wird der Richter seines Wohnortes auf dem Wege der Rechtshilfe um Einvernahme ersucht und das Einvernahmeprotokoll zu den Akten gebracht. Das Gleiche ist der Fall, wenn der außerkantonale Zeuge so weit entfernt wohnt, daß seine Einvernahme mit großen Kosten verbunden wäre (§ 187 II).

Um Einvernahme von Zeugen, die im Auslande wohnen, wird das zuständige ausländische Gericht ersucht und das Einvernahmeprotokoll zu den Akten gebracht (§ 188).

Von der Erscheinungspflicht sind schließlich innerkantonale Zeugen befreit, die «wegen Krankheit oder aus andern Gründen nicht vor dem Richter erscheinen können. Sie sind in ihrer Wohnung einzuvernehmen» (§ 193 I). Solch' andere Gründe können Gebrechlichkeit, Invalidität und überhaupt solche sein, die, ohne einer Einvernahme in der Wohnung entgegenzutreten, den Zeugen dauernd am Erscheinen vor Gericht hindern, oder jedenfalls solange, daß die Verschiebung der Einvernahme bis zum Wegfall des Hindernisses untunlich wäre [1]). Der Beweis der Verhinderung muß erbracht werden. Die Einvernahme in der Wohnung geschieht gemäß § 193 II durch das Gericht selbst oder durch eine Abordnung aus seiner Mitte unter Mitwirkung des Protokollführers.

In der Erscheinungspflicht des § 186 ist, ohne daß es ausdrücklich gesagt ist, auch die Pflicht des Zeugen enthalten, am Orte der Verhandlung so lange zu verbleiben, bis eine ausdrückliche Entlassung durch den Richter erfolgt ist. Dies gilt auch für bereits einvernommene Zeugen, da der Richter sich veranlaßt sehen kann, sie nachträglich zur Konfrontation oder zu einer Ergänzung der Aussage heranzuziehen [2]).

Die Berechtigung zur Verweigerung des Zeugnisses entbindet nicht von der Pflicht zu erscheinen, da das Bestehen eines Zeugnisverweigerungsrechts erst vorgängig der Vernehmung an der angesetzten Tagfahrt festgestellt wird (§ 185 I) [3]).

[1]) Keller-Pfisterer, § 193, N 1, S. 231

[2]) Suter, Die Stellung des Zeugen im Bundesstrafprozeß S. 24

[3]) Keller-Pfisterer, § 185 N 2, S. 228
Suter, a. a. O. S. 25

2. Folgen der Säumnis

Die Erscheinungspflicht ist die einzige der Zeugenpflichten, die durch physischen Zwang direkt realisiert werden kann (vis absoluta), und zwar durch polizeiliche Vorführung. Merkwürdigerweise greifen nicht alle kantonalen Zivilprozeßordnungen zu diesem Mittel, das viele nur beim Strafprozeß vorsehen. Auch die aarg. ZPO statuiert keine Zwangsvorführung. Das ist bedauerlich, besonders für Zivilprozesse, in denen das öffentliche Interesse mitspielt, wie bei allen den Personenstand betreffenden Prozessen, sowie bei Eheeinspruchs-, Scheidungs-, Trennungs-, Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen einer Ehe (Art. 253, 256, 260, 262, 269, 305, 306, 323, 102, 137, 121, 123 ff., 128 ZGB).

Das Gesetz begnügt sich mit **einem System des mittelbaren Zwanges.** Dieser ist abgestuft nach dem einmaligen und dem wiederholten Ausbleiben des Zeugen. Die Folgen des Ausbleibens treten aber nur bei unentschuldigtem Ausbleiben (§§ 190, 191) ein. Voraussetzung für das Eingreifen der Sanktionen sind:

a) Die Zeugenladung [1])

Gemäß § 109 hat diese den Gegenstand der Einvernahme zu bezeichnen und auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens aufmerksam zu machen. Die Angabe des Gegenstandes der Einvernahme ist Ordnungsvorschrift, und ihre Nichtbeachtung entbindet den Zeugen nicht von der Erscheinungspflicht [2]). Aber auch die Androhung der Folgen des Ausbleibens ist bloße Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung den Zeugen nicht von der Erscheinungspflicht befreit und auch die Verhängung der Folgen nicht ausschließt. Strafandrohungen in der Ladung an einen im Auslande wohnenden Zeugen sind nach dem Kreisschr. d. Obergerichtes vom 21. Oktober 1927 (VJS 1927 Nr. 86) zu unterlassen. Sind die Strafandrohungen vorgedruckt, sind sie zu streichen.

Hingegen muß die Zeugenladung gemäß § 190 dem Zeugen «bekannt gemacht» worden sein, worüber sich der Richter aus dem Zustellungsbeleg zu überzeugen hat.

b) Der Mangel hinreichender Verhinderungsgründe

Nur unentschuldigtes Ausbleiben zieht die Folgen der §§ 190, 191 nach sich. Der verhinderte Zeuge hat daher, um diesen Folgen zu entgehen, die Verhinderungsgründe rechtzeitig beim Gericht an-

[1]) Ueber die Form der Ladung, die Zustellung u. s. w. vgl. V. Kapitel hernach

[2]) Leuch Art. 251 N 2

zubringen und zu bescheinigen. Ob die geltend gemachten Gründe wie Krankheit, Abwesenheit hinreichend sind, bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen [1]).

Sind die Verhinderungsgründe ungenügend, hat das Gericht gemäß § 190 von Amteswegen (ohne Parteiantrag) gegen den erstmalig ausbleibenden Zeugen vorzugehen und ihn in eine Geldbuße von fünf bis zwanzig Franken zu verfällen. Es handelt sich hier nicht um eine Ordnungsbuße, sondern um eine eigentliche Geldstrafe [2]). Den Betrag bestimmt der Richter innerhalb des genannten Rahmens nach freiem Ermessen, wobei er sich nach den Verhältnissen des Zeugen richten (Einkommen, Vermögen, Familienstand, Beruf, Erwerb, Alter usw.) und die Buße so bemessen dürfte, daß der Zeuge die Einbuße erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist.

Für den Fall der Zahlungsunfähigkeit sieht § 190 Gefangenschaft von sechs bis vierundzwanzig Stunden vor. Diese Freiheitsstrafe ist nach der Praxis schon gleichzeitig bei Ausfällung der Buße für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit festzusetzen, um die erst nachträgliche Umwandlung zu vermeiden [3]). Unter Gefangenschaft kann nur Haft gemeint sein [4]). Auch hier hat diese Strafe nicht den Charakter einer Ordnungsstrafe, wie sie die ZPO für das unentschuldigte Nichterscheinen der Partei (§ 84/85) oder bei Nichterstattung von Rechtsvorkehren innert der vom Richter angesetzten Frist (§ 91 und § 92) vorsieht. Sie ist eine Freiheitsstrafe des kantonalen Rechts eigener Art. Zur Aufstellung solcher Straftatbestände im Prozeß sind die Kantone gemäß Art. 335 Abs. 2 StGB ausdrücklich befugt [5]).

Nebst der Strafe trifft den säumigen Zeugen auch die Kostentragung, indem er zum Ersatz aller durch seine Säumnis verursachten Kosten verurteilt wird. In der Hauptsache wird es sich um die Kosten der Verhandlung handeln, wenn durch das Ausbleiben eine neue Tagfahrt angesetzt werden muß.

Die ZPO schweigt sich darüber aus, ob der Zeuge bei erstmaligem unentschuldigtem Ausbleiben zum Ersatz des durch seine Säumnis verursachten Schadens verfällt werden kann, während sie die Ersatzpflicht nach dem zweiten unentschuldigten Ausbleiben

[1]) Keller-Pfisterer, § 190, N 1, S. 230

[2]) Vgl. Art 335 Abs. 2 StGB

[3]) K vom 24. Febr. 1905 und vom 1. Febr. 1923 in KS S. 92/93

[4]) Thormann-Overbeck N 2 zu Art. 335 StGB; Zimmerlin, Anm. zu § 190 und § 118, in der es wohl Thormann-Overbeck N 2 zu Art. 335 und nicht 339 heißen soll

[5]) Thormann-Overbeck N 5 zu Art. 335 StGB

grundsätzlich vorschreibt (§ 191). Das schließt nicht aus, daß schon beim erstmaligen unentschuldigten Ausbleiben des Zeugen eine Klage aus Art. 41 ff OR auf Schadenersatz und Genugtuung gegen den Zeugen erhoben werden kann, was aber sowohl den Nachweis des Verschuldens voraussetzt [1]) als auch den Nachweis, daß der Zeuge zum Vorteil des Beweisführers ausgesagt und dieser den Prozeß auf Grund dieser Aussage gewonnen hätte.

Es ist ohne weiteres anzunehmen, daß die Buße bei nachträglicher genügender Entschuldigung des Ausbleibens und der Unterlassung rechtzeitiger Mitteilung der Verhinderung aufgehoben werden kann.

Eine Beschwerde (§ 337 lit. b) gegen den Entscheid des Richters steht dem Zeugen nicht zu, da sie § 190 nicht vorsieht (§ 119).

Strengere Folgen sind auf das zweite unentschuldigte Ausbleiben des Zeugen auf zweite Vorladung hin gesetzt. Gemeint ist die Vorladung, welche nach dem erstmaligen unentschuldigten und bestraften Nichterscheinen des Zeugen erfolgt. Gemäß § 191 I soll er bei wiederholtem Ausbleiben mit einer Geldstrafe von zehn bis vierzig Franken, im Falle der Zahlungsunfähigkeit mit Gefangenschaft von zwei bis acht Tagen belegt, zum Ersatz der Kosten und grundsätzlich zum Ersatz des verursachten Schadens verfällt werden, letzteres nicht aber von Amtes wegen, sondern nur auf Parteiantrag [2]).

Gemäß § 191 III ist die Schadenersatzklage im besondern ordentlichen Verfahren geltend zu machen, wobei nach § 191 IV zur Bestimmung der Größe des Schadens angenommen wird, daß der Zeuge zum Vorteil des Beweisführers Zeugnis abgelegt hätte.

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob der Schadenersatzanspruch ein kantonalrechtlicher oder ein solcher nach OR 41 ff ist. Dafür, daß es ein Anspruch aus OR 41 ff ist, spricht der Umstand, daß zu den Voraussetzungen der unerlaubten Handlung gemäß Art. 41 OR unter anderm eine Widerrechtlichkeit gehört, die nicht nur in der Verletzung einer Vorschrift des eidgenössischen, sondern auch des kantonalen Rechts bestehen kann [3]).

Für den kantonalrechtlichen Charakter des Anspruchs spricht die Tatsache, daß der Schadenersatzanspruch im kantonalen öffent-

[1]) So Leuch, N 3 zu Art. 332 bern. ZPO; BGE 25 II 101, Erw. 4, 47 II 473

[2]) Keller-Pfisterer, N 5 zu § 191, S. 231. Die Freiheitsstrafe ist auch hier wie nach der Praxis zu § 190 im Entscheid gleichzeitig mit der Ordnungsstrafe festzusetzen für den Fall der Nichteinbringlichkeit der Geldbusse.

[3]) von Tuhr-Siegwart, Allg. Teil des Schweiz. O. R. I. Hlbd., S. 349, Ziff. II

lichen Recht (ZPO § 191) normiert ist. Der Richter hat bereits im Strafurteil den Zeugen grundsätzlich zum Ersatz des verursachten Schadens zu verfällen, ohne daß ein Verschulden festgestellt ist und ohne daß der Zeuge angehört wird. Trotzdem ist noch immer die Möglichkeit vorhanden, daß der Zeuge nachträglich eine genügende Entschuldigung des Ausbleibens und zugleich der Unterlassung rechtzeitiger Mitteilung der Verhinderung beibringen wird.

Dieser Entscheid des Richters bindet den ordentlichen Richter, der nur noch über den Umfang des Ersatzes zu urteilen hat. Dies im Gegensatz zu Art. 53 II OR, wonach ein Strafurteil für den Zivilrichter nicht präjudizierend wirkt, insbesondere nicht in Beurteilung der Schuldfrage (Art. 53 I OR). In unserm Falle hat der ordentliche Richter die Schuldfrage überhaupt nicht zu untersuchen sondern nur noch die Schadensfrage.

Schließlich spricht für den kantonalrechtlichen Charakter des Anspruches die eigenartige Beweisregel des § 191 IV, die eine praesumptio iuris et de iure darstellt, weil sie unwiderleglich als feststehend annimmt, daß der Zeuge zum Vorteile des Beweisführers Zeugnis abgelegt hätte, also die durch ihn zu beweisenden Tatsachen als richtig bestätigt hätte. Schon vor dem Inkrafttreten des ZGB hatte die ständige Praxis des Bundesgerichts die Beweislastverteilung als materielles Recht erklärt und seiner Kognition unterzogen [1]). Seitdem das ZGB die Beweislastverteilung seiner Normierung unterstellt hat (confer Art. 8 ZGB), entfallen alle Regeln über die Beweislastverteilung in den kantonalen Prozeßordnungen [2]). Somit wäre die Beweisregel des § 191 IV ungültig, wenn es sich nicht um einen Anspruch des kantonalen öffentlichen Rechts handelte.

Diese Erwägungen führen dazu, den Schadenersatzanspruch aus § 191 als eine obligatio ex lege des kantonalen Rechts anzusehen [3]). Die Berufung an das Bundesgericht gegenüber Urteilen über Schadenersatz aus § 191 ZPO ist daher ausgeschlossen [4]). Die Klage geht ausschließlich auf Schadenersatz, nicht auf Genugtuung. Dies schließt aber eine Klage aus Art. 41 ff. OR nicht aus, sofern der Kläger ein Verschulden des Zeugen beweisen kann, sowie, daß der Zeuge zu seinem Vorteil ausgesagt und der Kläger den Prozeß infolge dieser Aussage gewonnen hätte.

[1]) Weiß, Berufung S. 233

[2]) Egger, Kommentar zum ZGB, N 3 zu Art. 5, N 5 zu Art. 6, N 5 zu Art. 8 ZGB

[3]) So auch Leuch, allerdings ohne nähere Begründung, in N 2 zu Art. 250 und N 3 zu Art. 332 bern. ZPO, die eine ähnliche Schadenersatzpflicht des Zeugen vorschreibt

[4]) BGE 47 II 471

Gegen den Entscheid auf Grund des § 191 II steht dem Zeugen binnen 10 Tagen seit Zustellung des Entscheides das Rechtsmittel der Beschwerde (§ 337 lit. b) zu.

Es erhebt sich noch die Frage, ob sich beide Parteien auf die Beweisregel des § 191 IV ZPO berufen können, wenn sie beide den wiederholt unentschuldigt ausgebliebenen Zeugen angerufen haben.

Die Frage beantwortet sich dadurch, daß in der Regel nur eine Partei den Prozeß verlieren und darum nur diese die Schadenersatzklage gegen den widerspenstigen Zeugen mit der Behauptung erheben kann, daß sie wegen seines Ausbleibens um ihr Recht gekommen sei. Hingegen sind Prozesse denkbar, in denen beide Parteien den gleichen Zeugen angerufen haben und in denen die Klage nur teilweise gutgeheißen oder Klage und Widerklage abgewiesen wurden, weil der Zeuge seiner Erscheinungspflicht nicht nachgekommen ist. In diesen beiden Fällen ist es durchaus möglich, daß beide Parteien gegen den widerspenstigen Zeugen die Schadenersatzklage anstrengen können. Im Falle, wo Klage und Widerklage erhoben wurden, handelt es sich in Wirklichkeit um zwei Prozesse, in denen der Zeuge hätte auftreten und aussagen sollen, und die nur aus prozeßökonomischen Gründen im gleichen Urteil entschieden wurden.

Bei Zeugeneinvernahmen im Requisitionswege in einem andern Kanton bestimmen sich die Folgen des unentschuldigten Ausbleibens nach dem Recht des Wohnsitzkantons des Zeugen [1]).

3. Die Aussagepflicht und die Verweigerungsfolgen

Wie die Erscheinungspflicht ist auch die Aussagepflicht positivrechtlich festgelegt (§§ 183, 184 und 185). Gemäß § 183 I ist jedermann verpflichtet, in einem Rechtsstreite (der Wahrheit gemäß) Zeugnis abzulegen. Von dieser Pflicht befreit nur ein gesetzlicher Verweigerungsgrund (§ 183 II). Die Aussagepflicht bezieht sich auf den Gegenstand der Vernehmung, der gemäß § 189 in der Vorladung zu bezeichnen ist. Außerdem hat der Zeuge die Vorfragen gemäß § 197 über seine Personalien, über Umstände, die seine Glaubwürdigkeit betreffen und über seine Beziehungen zu den Parteien zu beantworten [2]). Schließlich hat er Erläuterungsfragen gemäß § 199 zu beantworten und sich einer Konfrontation mit andern Zeugen zu unterziehen (§ 200).

Die Aussagepflicht zieht keine Nachforschungspflicht des Zeugen nach sich (im Gegensatz z. B. zur Editionspflicht, § 171). Der

[1]) Steiner E., Die Beweisaufnahme in andern Kantonen, SJZ 35, 213

[2]) Näheres vgl. V. Kapitel hernach

Zeuge hat nur auszusagen, was er weiß, nicht, was er bei gehöriger Nachforschung wissen könnte [1]).

Er hat auf die Fragen des Richters aus dem Gedächtnisse auszusagen (§ 198 I), also ohne Zuhilfenahme schriftlicher Notizen [2]) und «soviel als möglich in zusammenhängender Erzählung und mit Anführung der Gründe seines Wissens» (§ 198 I) [3]).

Verweigert der Zeuge die Aussage, was bei der angesetzten Tagfahrt erfolgen wird, hat er gemäß § 185 [4]) die Tatsache, auf die er die Weigerung gründet, anzugeben und zu bescheinigen. Gleichgültig ist, ob die Weigerung schon von Anbeginn oder erst nach begonnener Vernehmung erfolgt. Der Zeuge hat also die Weigerungsgründe nicht nur anzugeben, sondern auch **glaubhaft zu machen.** «Bescheinigen» bedeutet nicht striktes Beweisen, Wahrscheinlichmachung genügt. Mit Recht bemerkt Keller [5]), daß eine Bescheinigung nicht immer möglich ist, so, wenn der Zeuge z. B. eine **Handlung** bezeugen soll, die ihm zur Schande gereicht. In diesem Falle sei die Berufung auf diesen Weigerungsgrund als genügende Bescheinigung anzusehen. Daß aber die Berufung auf diesen Weigerungsgrund ein Zugeständnis bedeute, wie Keller meint, ist zu bezweifeln, da im allgemeinen die Weigerung nicht als Indiz verwertet werden darf [6]).

Verweigert der Zeuge ohne Angabe eines Grundes sein Zeugnis, wird er nach § 191 behandelt (siehe weiter unten). Gibt er den Grund an, entscheidet der Richter gemäß § 185 I über die Rechtmässigkeit der Weigerung nach Anhörung der Parteien und des Zeugen. Dieser Entscheid ist aber, trotzdem das Gesetz es nicht ausdrücklich sagt, überflüssig, wenn der Beweisführer den vom Zeugen angegebenen Grund anerkennt, weil er damit eigentlich auf das Zeugnis verzichtet [7]). Es liegt dies in der Konsequenz der Verhandlungsmaxime.

Gegen den richterlichen Entscheid, der den Charakter eines Zwischenentscheides hat (§ 119), steht dem Zeugen und den Parteien das Rechtsmittel der Beschwerde zu (§ 185 II). Hingegen fehlt einem aargauischen Gericht die Kompetenz, gegen die Zeugnisverweigerung eines vor ein anderes aargauisches Gericht geladenen Zeugen von

[1]) Keller-Pfisterer, N 1 zu § 183, S. 225
[2]) Keller-Pfisterer, N 2 § 198, S. 233
[3]) Näheres vgl. V. Kapitel hernach
[4]) Dieser § 185 ist den §§ 386 und 387 deutsche ZPO nachgebildet worden
[5]) Keller-Pfisterer, N 2 § 185
[6]) Vgl. Abs. 4 lit. a hernach in fine
[7]) Keller-Pfisterer, N. 3 § 185, S. 228

sich aus Beschwerde zu erheben. Ebensowenig steht diese Beschwerdebefugnis einem außerkantonalen Gericht zu [1]). In einem am Bezirksgericht Horgen hängigen Zivilprozeß ersuchte dieses das Bezirksgericht Brugg um Einvernahme eines im Bezirk Brugg wohnhaften Zeugen. Dieser verweigerte gestützt auf einen Weigerungsgrund des § 183 das Zeugnis, und das Bezirksgericht Brugg entschied, daß er nicht einzuvernehmen sei. Gegen diesen Entscheid beschwerte sich das Bezirksgericht Horgen. Das aargauische Obergericht trat auf dessen Beschwerde nicht ein mit der Begründung, daß die aarg. ZPO nur dem Zeugen und den Parteien, nicht aber dem ersuchenden Gericht ein Beschwerderecht einräume, so wenig diese Befugnis einem aargauischen Gericht zustehe [2]).

Zeugnisverweigerung liegt nicht vor, wenn ein als Zeuge Vorgeladener gegenüber einem Gericht, das sich mit der Sache überhaupt nicht zu befassen hat, die Aussage verweigert. In einer nicht streitigen Rechtssache, welche das öffentliche Inventar über einen Nachlaß betraf, verhielt ein aargauisches Bezirksgericht auf Antrag der Finanzdirektion einen Bankangestellten zur Zeugnisabgabe, welcher das Zeugnis verweigerte und vom Gericht wegen unberechtigter Zeugnisverweigerung gebüßt wurde. Das Obergericht erachtete jedoch die Zeugnisverweigerung des Beschwerdeführers als berechtigt und hob die vom Bezirksgericht ausgefällte Ordnungsbusse auf, weil das Bezirksgericht bei der steuerrechtlichen Inventaraufnahme überhaupt in keiner Weise beteiligt ist und somit eine prozessuale Zeugnispflicht gegenüber dem Bezirksgericht nicht besteht. Die Unterlassung der Auskunft, ja sogar die Erteilung unrichtiger oder unvollständiger Auskunft kann daher weder prozessuale noch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen [3]).

Die Folgen der unberechtigten Zeugnisverweigerung sind gemäß § 191 die gleichen wie diejenigen des zweiten unentschuldigten Ausbleibens eines Zeugen: Der Weigernde ist mit einer Geldstrafe von zehn bis vierzig Franken, im Falle der Zahlungsunfähigkeit mit Gefangenschaft von zwei bis acht Tagen zu belegen, zum Ersatz der Kosten und grundsätzlich zum Ersatz des verursachten Schadens zu verfällen. Gegen diesen Entscheid steht dem Zeugen das Rechtsmittel der Beschwerde zu. Die Klage auf Schadenersatz ist im besondern ordentlichen Verfahren geltend zu machen. Zur Bestimmung der Größe des Schadens wird angenommen, daß der Zeuge zum Vorteil des Beweisführers Zeugnis abgelegt hätte.

[1]) u. [2]) VJS 1905 Nr. 124, S. 143 f

[3]) VJS 29 S. 169, Nr. 72

4. Das Zeugnisverweigerungsrecht

A) IM ALLGEMEINEN

Die grundsätzlich unbeschränkte Aussagepflicht des Zeugen erfährt eine starke Einschränkung durch das Recht der Zeugnisverweigerung, das der Gesetzgeber in gewissem Rahmen zubilligt (§ 183 lit. a-f). Der Grundgedanke dieser Modifikation der Zeugnispflicht liegt darin, daß der Schutz bloß privater Parteiinteressen seine Schranke an den vom materiellen Recht geschützten Persönlichkeitsrechten (Art. 28 ZGB) finden muß, zu welchen insbesondere die seelischen Güter und die Geheimsphäre gehören [1]). Der Schutz der seelischen Güter der Persönlichkeit verlangt, daß der Zeuge nicht durch ein bloßes Privatinteresse Dritter in einen aus der Kollision ethischer und rechtlicher Pflichten entspringenden Gewissenskonflikt hineingetrieben wird. Der Schutz seiner Geheimsphäre verbietet die Erzwingung der Preisgabe und Offenlegung gewisser Tatsachen des Privatlebens [2]).

In solchen Fällen ist zudem die Gefahr wahrheitswidriger Aussage groß, der Beweiswert der Aussage wird problematisch und steht in keinem Verhältnis zu der dem Zeugen zugemuteten Aussagepflicht. Die gemeinrechtliche Theorie hat diese Gefahr sogar in den Vordergrund gestellt und die Unglaubwürdigkeit der Aussagen in diesen Fällen präsumiert [3]). Die Ausbildung der Ausnahmen von der Zeugnispflicht sind aber eher als eine Entwicklung der Individualrechte und ein Zurücktreten der Interessen der Justiz vor der geschützten Persönlichkeitssphäre anzusehen.

Die ZPO kennt nach deutschem Muster (§§ 383 und 385 deutsche ZPO) ein Recht zur Verweigerung des Zeugnisses **überhaupt** (§ 183 lit. d-f), ein Recht zur Zeugnisverweigerung über **bestimmte Fragen** (§ 183 lit. a–c) und gewisse **Ausnahmen** vom Verweigerungsrecht (§ 184).

Ueber sein Weigerungsrecht muß der Zeuge gemäß § 195 I durch den Richter belehrt werden. Diese Belehrung ist zwar an sich nur

[1]) Vgl. Egger, a. a. O N 27 ff zu Art. 28 ZGB

[2]) Vgl. Planck S. 205; von kollidierenden Interessen sprechen Lemke 34, Wach Gerichtssaal 66 2

[3]) Beling, Die Beweisverbote S. 12 ff.

Ordnungsvorschrift und nicht Voraussetzung der formellen Gültigkeit des Zeugnisses. Wenn aber in einem konkreten Fall tatsächlich Verweigerungsgründe bestehen, hat die Unterlassung der Belehrung die formelle Ungültigkeit des Zeugnisses zur Folge [1]). Außerdem hat eine Unterlassung der Belehrung über die Verweigerungsgründe die Straflosigkeit eines falschen Zeugnisses zur Folge, wenn im konkreten Falle ein Verweigerungsgrund tatsächlich vorhanden war [2]). Es darf dabei nach einem vom aarg. Kassationsgericht aufgestellten Grundsatz nicht untersucht werden, ob der Zeuge auch trotz der Belehrung ausgesagt hätte. Eine Abweichung von diesem Grundsatz hätte nämlich, wie das Kassationsgericht ausführt, einzig zur Folge, daß verhältnismäßig harmlose, leicht beeinflußbare Beschuldigte, die nicht wissen, wie verfänglich und folgenschwer die Frage, ob sie trotz der Belehrung ausgesagt hätten, für sie ist, bestraft werden könnten, während raffiniertere Beschuldigte zweifellos vorsichtig genug wären, sich mit einer verneinenden Antwort aus der Sache zu ziehen. Ein solches Spiel wäre der Würde der Strafjustiz abträglich [3]).

Das Recht, sich auf die Ausnahme von der Zeugnispflicht zu berufen, steht nur dem Zeugen selbst zu. Die Parteien haben kein Recht, auf die Zeugen in dieser Richtung in irgend einer Weise einzuwirken, hingegen sind sie befugt, darüber zu wachen, daß die Vorschriften über das Verweigerungsrecht beachtet werden. Wenn sich ein Zeuge, dem das Verweigerungsrecht zusteht, zur Aussage bereit erklärt, begibt er sich trotzdem nicht seines Rechtes auf Verweigerung seines Zeugnisses. Er kann diese Erklärung auch noch während der Vernehmung widerrufen. Die bereits gemachten Aussagen bleiben allerdings bestehen [4]). Der Zeuge kann argumento a maiore ad minus auch auf einzelne Fragen antworten und auf andere die Antwort verweigern. Das könnte allerdings ein falsches Bild der Sache vermitteln, wenn er z. B. nur das Günstige aussagt und das Ungünstige übergeht. Hier muß der Richter die Aussagen

[1]) VJS 41 S. 74 Nr. 22 Erw. III b. Ueber die Durchführung der Einvernahme in formeller Beziehung, Protokollierung und die Reihenfolge der einzelnen Phasen vgl. V. Kapitel hernach

[2]) VJS 41 S. 74 Nr. 22

[3]) VJS 39 S. 134 Nr. 46; 41 S. 147 Nr. 54 Erw. III a. Vgl. auch den bundesgerichtlich bestätigten Entscheid vom 10. Oktober 1941. Ueber den Protokollvermerk vgl. V. Kapitel hernach

[4]) So z. B. ausdrücklich Art. 76 II BStrP, was sich aus der innern Logik der Sache ergibt, da sich der Zeuge nicht im voraus über die Tragweite der einzelnen Fragen Rechnung geben kann, die in der Folge an ihn gestellt werden. Vgl. auch die deutsche StPO §§ 51–54, ferner Glaser, S. 515; Löwe, N 10 zu [1] 51.

entsprechend würdigen und wenigstens in diesen Fällen auch aus den Weigerungen des Zeugen einzelne Fragen zu beantworten, die entsprechenden Schlüsse ziehen, wenn auch der Richter im allgemeinen aus der Zeugnisverweigerung nicht schließen darf, der Zeuge hätte nachteilige und belastende Tatsachen aussagen müssen [1]).

B) DIE VERWEIGERUNGSGRÜNDE

aa) Schutz des Zeugen und seiner Angehörigen

Zum Schutze des Zeugen selbst und seiner Angehörigen billigt § 183 lit. a dem Zeugen zu, die Antwort auf Fragen zu verweigern, die ihm selbst zur Schande gereichen würde oder denjenigen Angehörigen, die zu ihm im Verhältnis eines Ehegatten, eines Verlobten, eines Verwandten oder Verschwägerten in gerader Linie, im zweiten Grade der Seitenlinie oder die mit ihm durch Adoption in gerader Linie verbunden sind. Es handelt sich also nicht um ein Verweigerungsrecht überhaupt, sondern nur um ein solches über einzelne Fragen.

Zur Schande gereicht jemandem nach obergerichtlicher Interpretation jedes Verhalten durch welches «ganz allgemein sein sittlicher Wert in Frage gestellt wird, nicht etwa nur eine Tat, die strafrechtliche Verfolgung nach sich zieht» [2]).

Unter die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung, die im Begriffe des zur Schande Gereichens mitenthalten ist, fällt jede strafrechtliche Verfolgung, nicht nur die kriminelle, wie es die deutsche ZPO § 384 Ziff. 2 durch wörtliche Hervorhebung der «Gefahr strafgerichterlicher Verfolgung» ausdrücken will [3]). Auch jede andere rechtliche Verfolgung, deren Endzweck die Bestrafung, z. B. auch die disziplinarische, ist, genügt als Verweigerungsgrund [4]). Aber auch in Fällen, in denen der Zeuge oder der Angehörige bei Begehung der Handlung deliktsunfähig war, bzw. wo Strafausschließungs- oder Aufhebungsgründe vorliegen, greift das Verweigerungsrecht ein, wenn der Zeuge sich oder einen der genannten Angehörigen durch seine Aussage einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzte.

[1]) Vgl. Glaser, Beiträge, S. 255; Leuch, N 3 zu Art. 247 bern. ZPO
[2]) VJS 41 S. 143 Nr. 54; Keller-Pfisterer, N 4 zu § 183, Seite 225
[3]) Auch die deutsche StPO vgl. Löwe N 2 b zu § 55
[4]) Suter S. 57

Im übrigen setzt das Verweigerungsrecht nicht voraus, daß der Zeuge oder seine Angehörigen eine strafrechtlich verfolgbare Handlung begangen haben. Es genügt, daß es sich objektiv um eine verfängliche Frage handelt, die an sich geeignet wäre, die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung herbeizuführen. Andernfalls würde jede Verweigerung der Auskunft einer Selbstbezichtigung oder einer solchen der Angehörigen gleichkommen. Die Gefahr der Verfolgung kann bei Verknüpfung unglücklicher Umstände und Zufälle auch für den Unschuldigen bestehen [1]).

Wenn darüber hinaus das Kassationsgericht unter «Schande» jedes Verhalten versteht, das «ganz allgemein» den sittlichen Wert in Frage stellt, löst diese Fassung die Frage nicht ganz [2]). Vor allem erhebt sich die Frage, ob objektive oder subjektive Gesichtspunkte dabei entscheidend sein sollen. Wollte man sich nach dem subjektiven Gesichtspunkt des Zeugen richten, müßte man von Fall zu Fall auf seine größere oder geringere Empfindlichkeit in der Ehre abstellen, was der Willkür Tür und Tor öffnete. Eine gleichmäßige und grundsätzlich eingestellte Justiz ist somit nur möglich, wenn man einen objektiven Maßstab anlegt und sich fragt, ob der Zeuge nach der im Volke herrschenden Auffassung zu seiner (oder seiner Angehörigen) Schande aussagen würde [3]).

Von diesem objektiven Gesichtspunkt darf im Einzelfalle nur dann abgegangen werden, wenn der Zeuge durch sein Verhalten zu erkennen gegeben hat, daß er wegen des fraglichen Verhaltens keine Scham empfinde und es ihm gleichgültig sei, was seine Mitmenschen davon halten. So darf der Zeuge in einem Vaterschaftsprozeß die Aussage über einen Geschlechtsverkehr mit der Kindsmutter verweigern, wenn er sich dessen nicht selber öffentlich gerühmt hat und damit zu erkennen gab, daß ihn das Bekenntnis in seiner Ehre nicht verletze.

Die Gefahr zivilrechtlicher Verfolgung berechtigt gemäß § 183 lit. a. im Gegensatz zu andern kantonalen Prozeßordnungen (z. B. Bern Art. 247 I) nicht zur Zeugsnisverweigerung.

Ueber den Kreis der Angehörigen vgl. die nachfolgenden Darlegungen zu § 183 lit. d—f unter bb hernach.

[1]) Bennecke-Beling, Lehrb. d. Strafproz. S. 323

[2]) Leuch, N 2 zu Art. 247 (warnt vor Ueberspannungen dieses Begriffes)

[3]) Neumann, Grenzen der Zeugnispflicht bern. ZPO im Strafpr. S.138

bb) Die verweigerungsberechtigten Angehörigen

Die ZPO kennt in Bezug auf die Verwandten einer Partei als Zeugen kein Beweisverbot mehr, wie es die alte ZPO vorsah. Durch ihren Ausschluß wäre der Rechtspflege eine Reihe wichtiger Zeugen entzogen worden, da oft gerade die Familienangehörigen am besten über die Angelegenheiten der Ihrigen unterrichtet sind. Hingegen billigt es ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, und zwar nicht nur über einzelne Fragen, sondern überhaupt.

1. Der **Ehegatte** hat gemäß § 183 lit. d. ein Verweigerungsrecht in Sachen des andern Ehegatten, nicht nur dann, wenn die Ehe zur Zeit der Vernehmung noch besteht, sondern auch, wenn dies in diesem Zeitpunkt nicht mehr der Fall ist. Eine Ehe besteht nach Art. 113 ff ZGB, wenn die Trauung durch den zuständigen Zivilstandsbeamten vorgenommen wurde. Auch eine materiell ungültige Ehe, die aber formell gültig geschlossen wurde, berechtigt daher zur Zeugnisverweigerung in Sachen des andern Ehegatten. Selbst eine mit einem Nichtigkeitsgrund behaftete Ehe fällt somit unter § 183 lit. d. So kann z. B. im Falle einer Bigamie auch die zweite Frau das Zeugnis in Sachen des bigamen Ehegatten verweigern [1]). Umsomehr hat eine bloß anfechtbare Ehe (Art. 123 ff ZGB) die gleichen Wirkungen.

Hat einmal eine Ehe bestanden, hindert weder Trennung, Scheidung noch Nichtigerklärung oder Ungültigerklärung das Recht zur Zeugnisverweigerung. Die persönlichen Beziehungen, die durch das Eheleben geschaffen wurden, lassen sich nämlich nicht wie die rechtlichen Folgen aufheben.

2. Der oder die **Verlobte** genießt gemäß § 183 lit. d gleichfalls ein Verweigerungsrecht in Sachen des andern verlobten Teiles. Da das Verlöbnis durch ein formloses Eheversprechen begründet wird (Art. 90 I ZGB), stehen dem Richter oft zur Feststellung des Verlöbnisses bloß die Angaben der beiden Beteiligten zu Gebote. Das eröffnet die Möglichkeit eines Scheinverlöbnisses zur Umgehung der Zeugnispflicht [2]). Der Richter wird sich also in der Regel mit der bloßen Angabe der Beteiligten nicht begnügen dürfen. Die Gefahr ist immerhin in Strafprozessen größer als in Zivilprozessen, in denen die Interessen in der Regel weniger schwerwiegend sind. Ueberdies dürfte die interessierte Gegenpartei dem Richter in solchen Fällen mit Gegenbeweisen an die Hand gehen.

Das Verlöbnis muß rechtsgültig sein. Das ist es bei Unmündigen und Entmündigten nicht ohne die Genehmigung der gesetzlichen Vertreter (Art 90 II ZGB), es wäre denn, daß die Genehmigung si-

[1]) So auch die deutsche Rechtssprechung RGSt **41** 114
[2]) Suter S. 51

cher ist (BGE 48 II 189). Ebensowenig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt, wie z. B. das Eheversprechen einer verheirateten Person, nicht aber ein Verlöbnis angesichts eines überwindlichen Ehehindernisses, eines Adoptivverhältnisses oder während der Wartefristen [1]).

Abweichend von der Regelung bei der Ehe wird beim Verlöbnis kein Verweigerungsrecht über seine Dauer hinaus gewährt. Mag auch zur Zeit des Ereignisses, über welches der Zeuge auszusagen hat, ein Verlöbnis zwischen ihm und der Partei bestanden haben, wenn es zur Zeit der Aussage nicht mehr besteht, ist es ohne Einfluß auf die Zeugnispflicht.

3. **Verwandte.** Das Weigerungsrecht in Sachen eines Verwandten wird gemäß § 183 lit. e bei Verwandschaft des Zeugen in gerader Linie ohne Unterschied des Grades zugestanden, in der Seitenlinie nur bis zum zweiten Grade. Ein Unterschied zwischen Halbgeschwistern und Vollgeschwistern wird aber nicht gemacht. Da das Gesetz nur von Verwandtschaft spricht, ohne zwischen ehelicher und außerehelicher zu unterscheiden, wird man darunter auch die außereheliche zu verstehen haben, soweit das Familienrecht eine solche Verwandtschaft anerkennt. Das ist aber nur im Verhältnis des außerehelichen Kindes zur Mutter und mütterlichen Verwandtschaft der Fall (Art. 302 I und 324 I ZGB). Zwischen dem außerehelichen Kinde und dem Vater, sowie den väterlichen Verwandten entsteht ein außereheliches Verwandtschaftsverhältnis erst durch Anerkennung oder richterliche Zusprechung mit Standesfolge (Art. 302, 303, 323, 325 ZGB).

Das Verweigerungsrecht wegen Verwandschaft ist ein vollständiges, nicht nur gegenüber bestimmten Fragen.

4. **Verschwägerte.** Das Weigerungsrecht des Zeugen in Sachen eines Verschwägerten erstreckt sich gemäß § 183 lit. e gleich weit wie bei Verwandtschaft. Es umfaßt somit Verschwägerte in gerader Linie unbeschränkt, (Schwiegereltern und deren Vorfahren, Schwiegerkinder und deren Nachkommen), in der Seitenlinie Schwäger und Schwägerinnen. Der Begriff der Schwägerschaft ist derjenige des Art. 21 ZGB: das Verhältnis eines Ehegatten zu den Verwandten des andern Ehegatten. So ist z. B. der Ehemann mit dem außerehelichen Kind seiner Ehefrau, das nicht von ihm stammt, im ersten Grade verschwägert [2]). Hingegen besteht keine Schwägerschaft zwischen den Ehemännern zweier Schwestern, denen z. B. die bernische StPO Art. 141 ausdrücklich das Verweigerungsrecht gewährt (nicht aber die bernische ZPO Art. 245). Gemäß Art. 21 I ZGB wird

[1]) Egger, N 13, 14 zu Art. 90 ZGB

[2]) SJZ **19** 344

die Schwägerschaft durch die Auflösung der Ehe, die sie begründet hat, nicht aufgehoben. Das Verweigerungsrecht bleibt also in einem solchen Falle weiter bestehen. Keine Schwägerschaft entsteht durch Adoption.

Auch das Verweigerungsrecht wegen Schwägerschaft ist ein vollständiges, nicht nur gegenüber bestimmten Fragen.

5. **Adoptivverwandte.** § 183 lit. f gibt den Adoptiveltern und den Adoptivkindern (Verbundenheit in gerader Linie), ein Verweigerungsrecht, und zwar gleichfalls ein vollständiges. Weiteren Adoptivverwandten gewährt die ZPO das Verweigerungsrecht nicht (z. B. den Adoptivgeschwistern). Mit der Auflösung des Adoptivverhältnisses geht im Gegensatz zur Schwägerschaft das Verweigerungsrecht unter, auch wenn sich das Zeugnis auf die Zeit des Bestehens des Adoptivverhältnisses bezieht.

cc) Das Amt-, Berufs- und Dienstgeheimnis

I. Im Allgemeinen

Kein allgemeines Zeugnisverweigerungsrecht, sondern nur eines über bestimmte Fragen billigt § 183 lit. b einem Zeugen zu, der Fragen nicht beantworten könnte, ohne ein Geheimnis zu offenbaren, das ihm Kraft seines Amtes, Berufes oder Dienstes anvertraut wurde.

Es handelt sich also um Offenbarung anvertrauter Geheimnisse. Geheim sind Tatsachen, die nicht allgemein bekannt oder wahrnehmbar sind. Die Tatsachen können mehreren Personen, sogar einem ganzen Kreis bekannt sein, sie können Dritten anvertraut, an Dritte verraten worden sein: das zerstört die Geheimheit noch nicht, solange diese Tatsachen nicht allgemein zugänglich werden [1]). Das Wort «anvertraut» darf nicht zu eng ausgelegt werden. Nicht die Art der Mitteilung, sondern der Bestand des Vertrauensverhältnisses ist das Wesentliche. Es genügt schon Kenntnisnahme in diesem Verhältnis, z. B. durch Wahrnehmung gewisser Tatsachen, zu welcher man Unberufenen keine Gelegenheit gibt [2]).

Die Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses ist bestimmten Privatpersonen auferlegt, die als Geheimnisträger im Interesse anderer Privatpersonen, der Geheimnisgeber, anvertraute Tatsachen geheimzuhalten haben. Das Recht des Privaten an seiner Geheim-

[1]) Egger, N 39 zu Art. 28 ZGB

[2]) Neumann, S. 154 ff. und dort zitierte Entscheide kantonaler Gerichte.

sphäre gründet sich auf Art. 28 ZGB, obschon es dort nicht ausdrücklich genannt wird, und bildet ein typisches Individualrecht, weil es sich auf Güter bezieht, welche mit der Persönlichkeit an sich gegeben sind [1]). Die Verletzung des Berufsgeheimnisses macht den Geheimnisträger zivilrechtlich verantwortlich (Art. 28 II ZGB) und wird sogar strafrechtlich geahndet (Art. 321 StGB). Das Schweiz. Strafgesetzbuch zählt die Personen, für welche die Wahrung des Berufsgeheimnisses geboten ist, erschöpfend auf. Es sind dies Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Revisoren, Aerzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen und ihre Hilfspersonen, schließlich Studierende in bezug auf Geheimnisse, die sie bei ihrem Studium wahrnehmen (Art. 321 I StGB). Alle diese Personen machen sich strafbar, wenn sie das ihnen infolge ihres Berufes anvertraute Geheimnis ohne Einwilligung des Berechtigten oder ihrer vorgesetzten Behörde offenbaren.

Angesichts der zivil- und strafrechtlichen Sanktionen bei Verletzung der Berufspflicht muß es auffallen, daß § 183 II dem beruflichen Geheimnisträger das Recht zur Zeugnisverweigerung zubilligt («kann»), es ihm aber anheimstellt, auch gegen seine zivil- und strafrechtlich sanktionierte Pflicht die Aussage zu machen. Ein gewisses Analogon dazu bildet die Bestimmung des Art. 77 BStP, der folgendermassen lautet:

«Geistliche, Rechtsanwälte, Notare, Aerzte, Apotheker, Hebammen und ihre beruflichen Gehilfen dürfen über Geheimnisse, die ihnen in ihrem Amte oder Berufe anvertraut worden sind, nicht zum Zeugnis angehalten werden.»

Richtiger erscheint die Fassung jener kantonalen Prozeßgesetze, welche das Verweigerungsrecht ausschließen, sobald der Zeuge von der Geheimpflicht entbunden worden ist [2]).

Die französische Doktrin huldigt allerdings einer andern Auffassung als die deutschrechtliche. Sie schützt das Berufsgeheimnis nicht wegen des Individualrechtes des Geheimnisgebers, sondern als eine Art Standesrecht, als Berufsrecht im Interesse der Berufsperson selbst und ihrer Stellung im Verkehr [3]). Diese Ansicht wird damit begründet, daß die Ehre des Geheimnisträgers oft ebenso im Spiele ist wie die des Geheimnisgebers, daß dieser, wenn er z. B. dem Arzte eine Tatsache anvertraut, deren Bedeutung selber nicht voll einzuschätzen vermag und sich infolgedessen auch der Tragweite des Berufsgeheimnisses nicht bewußt werden kann. Die Interessen des Geheimnisträgers werden gewissermassen malgré lui ge-

[1]) Egger, N 40 ff zu Art. 28 ZGB; BGE 44 II 320

[2]) So z. B. Bern Art. 246; Zürich Art. 187 Ziff. 2; Schwyz § 238

[3]) Vgl. Gautier, in ZStR 1439 und dort zitierte Literatur

schützt, wie es ja bei Persönlichkeitsgütern auch einen Schutz gegen sich selbst gibt.

Auf diesem Standpunkt schien bei den Beratungen über Art. 77 BStrP auch die nationalrätliche Kommission gestanden zu haben, indem sie die Einschränkung des bundesrätlichen Entwurfs gestrichen hat, die eine Anhaltung der genannten Berufspersonen zur Offenlegung anvertrauter Geheimnisse nur dann nicht zuließ, «wenn sie von der Pflicht zur Geheimhaltung nicht befreit worden sind». Es wurde geltend gemacht, daß nach diesem Wort der Geheimnisgeber es in der Hand hätte, die Berufsperson zur Aussage zu zwingen, indem er sie von der Geheimhaltungspflicht befreit, was aber die Berufsperson in eine unwürdige Stellung hineinmanövrieren könnte [1]).

Der entgegengesetzte Standpunkt wird vielleicht am treffendsten von Beling[2]) verteidigt, der geltend macht, daß sich zwei Interessenten gegenüberstehen: der Geheimnisgeber und der Staat (als Justizhoheit). Warum der Geheimnisträger, der als uninteressierter Zeuge auftritt, die Entscheidung darüber haben soll, ob das Geheimnis gewahrt bleiben soll, sei schlechterdings nicht einzusehen. Wenn der Staat ein Vertrauensverhältnis schützen wolle, dürfe er es nicht vom Vertrauensträger nach Belieben verletzen lassen; oder der Staat stellt die Wahrheitserforschung höher, dann dürfe er nicht dem Vertrauensträger zuliebe von dem Eindringen ins Geheimnis Abstand nehmen.

Auch wir halten eine Fassung, wie sie der Bundesrat für Art. 77 BStrP vorgeschlagen hat und wie sie auch manche Kantone in ihren Prozeßordnungen statuieren, für richtiger. Der Geheimnisträger, wenn er zu den in Art. 321 StGB genannten Berufspersonen gehört, macht sich nämlich durch eine Zeugenaussage, in welcher er anvertraute Berufsgeheimnisse preisgibt, sogar strafrechtlich verantwortlich, sofern er nicht vorher die Einwilligung «des Berechtigten» eingeholt hat. Das Schweiz. Strafgesetzbuch bezeichnet den Geheimnisgeber als Berechtigten, nicht etwa auch den Geheimnisträger. Wenn Ziff. 3 des Art. 321 StGB eidgenössische und kantonale Bestimmungen über die Zeugnispflicht auch vorbehält, hat dies offenbar folgenden Sinn:

Entweder enthält eine Prozeßordnung keine gesetzliche Ausnahme von der Zeugnispflicht für Berufsgeheimnisse; dann macht sich der Zeuge durch die Offenlegung solcher Geheimnisse nicht strafbar; oder eine Prozeßordnung kennt eine Ausnahme zu Gunsten von Berufsgeheimnissen, dann hat der zur Aussage bereite Be-

[1]) Sten. Bull. NR 1931 S. 715

[2]) Beling, Beweisverbote Seite 20

rufsinhaber, um sich keiner Strafverfolgung auszusetzen, sich zuvor die Einwilligung des Berechtigten einzuholen [1]).

Daß aber eine Prozeßordnung in das Belieben der Berufsperson stellen soll, als Zeuge ein Berufsgeheimnis auch gegen den Willen des Berechtigten preiszugeben, wofür sie dann eventuell sogar der gleiche Richter als Strafrichter auf Antrag des Berechtigten bestrafen muß, ist denn doch stoßend. Das ist aber nach der Fassung des § 183 lit. b durchaus möglich. Diese Bestimmung ist daher reformbedürftig. Es wäre ihr der Nachsatz beizufügen: «Wenn er von der Pflicht zur Geheimhaltung nicht befreit worden ist.»

Die gleichen Gesichtspunkte treffen für das Dienstgeheimnis (Art. 162 StGB) [2]) sowie für das Amtsgeheimnis zu, deren Verletzung gemäß Art. 320 StGB sogar Offizialdelikt ist [3]).

Nach der Fassung des § 183 lit. b, der das Verweigerungsrecht einzig in das Belieben des Zeugen stellt, ohne auf die Entbindung von der Schweigepflicht abzustellen, kann der Geheimnisgeber nicht durch Verzicht auf die Wahrung des Geheimnisses den Zeugen zu dessen Offenlegung vor Gericht zwingen. Naturgemäß wird in der Regel der Geheimnisträger in diesem Fall ohne weiteres aussagen, weil er kein Risiko mehr eingeht und kaum ein Interesse an der Verschweigung haben wird. Aber ein Zwang zur Aussage läßt sich aus der Gesetzesbestimmung auch in diesem Falle nicht ableiten.

Wie ist nun die aarg. Praxis dieser Bestimmung gegenüber vorgegangen?

Ein einziger obergerichtlicher Entscheid hat sich mit dieser Frage befaßt [4]). Ohne sich mit der Fassung des § 183 lit. b weiter auseinanderzusetzen, geht dieser Entscheid davon aus, der Arzt — um den es sich im konkreten Falle gehandelt hat — sei zwar verpflichtet, das Geheimnis seines Patienten zu wahren, könne aber davon entbunden werden. Auf diesem Standpunkt standen auch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft (zitiert werden Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes, 1898, S. 7; Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein gesetzlicher Schutz, in Lilienthals strafr. Abhandl. 123 u. a. m.). Durch Bundesbeschluß betr. die Organisation des eidg. Versicherungsgerichtes vom 28. März 1917 Art. 17 (A. S. n. F. XXXIII, 531) sei sogar ausdrücklich festgelegt, daß Aerzte und Rechtsbeistände zur Aussage verpflichtet sind, sofern der Versicherte oder seine Hinterlassenen es verlangen.

[1]) Thormann-Overbeck, N 17 zu Art. 321 STGB; Stämpfli, Textausgabe N 3 zu BStP Art. 75

[2]) Thormann-Overbeck, N 3 zu Art. 163 StGB

[3]) Thormann-Overbeck, N 9 zu Art. 320 StGB

[4]) VJS 1919 Nr. 45 S. 145 ff

Zu diesem Entscheid, der die Pflicht zur Aussage annimmt, wenn der Zeuge von der Geheimhaltungspflicht entbunden ist, ist folgendes zu bemerken:

Zunächst hätte wohl untersucht werden sollen, ob man es mit einer Lücke des Gesetzes zu tun habe, die der Richter auszufüllen hat. Wir haben gesehen, daß z. B. in Art. 77 BStrP mit voller Absicht der Vorbehalt der Entbindung von der Geheimhaltungspflicht fallen gelassen wurde, um einen Zwang zur Aussage bei den beruflichen Geheimnisträgern in keinem Falle zuzulassen. Dies sogar im Strafprozeß, der in der Regel weniger weitgehende Zeugnisverweigerungsfälle zuläßt als der Zivilprozeß, weil dort staatliche und nicht bloß private Interessen auf dem Spiele stehen.

Die Motive der aarg. ZPO geben allerdings keine Anhaltspunkte für die Annahme, daß man das Verweigerungsrecht auch gegen den Willen des Geheimnisgebers hat aufrecht erhalten wollen. Man darf also auf eine Lücke des Gesetzes schließen. Diese Vorfrage kann nicht durch Erwägungen der Gesetzessystematik oder durch logische Operation allein entschieden werden, wohl aber durch kritische Betrachtung des Rechtszustandes bei beiden Lösungen [1]). Es wurde in dieser Richtung bereits vorweggenommen, daß eine Prozeßordnung nicht in das Belieben des Zeugen stellen kann, auch gegen den Willen des Geheimnisgebers dessen Geheimnis preiszugeben, wenn dies zivilrechtlich eine Rechtsverletzung in sich schließt und wenn eventuell der gleiche Richter als Strafrichter auf Antrag des Berechtigten auch kriminell den Zeugen bestrafen müßte. Die Annahme einer Gesetzeslücke ist damit begründet.

Gemäß Art. 1 ZGB hat nun der Richter die Lücke nach der Regel auszufüllen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde, wobei er bewährter Lehre und Ueberlieferung folgt. Im Sinne der Art. 28 ZGB und 321 StGB ist die Geheimsphäre ein zivil- und strafrechtlich geschütztes Persönlichkeitsgut, dessen Verletzung widerrechtlich ist. Die Widerrechtlichkeit wird aber durch Einwilligung des Berechtigten ausgeschlossen [2]). Volenti non fit iniuria. Zu einem Schutz des Berechtigten gegen sich selbst ist hier kein Anlaß. Prozeßrechtlich bedeutet eine solche Einwilligung die Entbindung des Geheimnisträgers von seiner Schweigepflicht. Erfolgt diese einem Zeugen gegenüber, fällt der Grund der Zeugnisverweigerung weg. Der Zeuge ist alsdann zur Aussage verpflichtet.

Es ließe sich aber auch rechtfertigen, gewissen Geheimnisträgern ein absolutes Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen, vor allem den Geistlichen, bei denen das Vertrauen in die absolute Ge-

[1]) BGE 51 II (394, 429)

[2]) Egger, N 24 zu Art. 29; Zittelmann, Arch. f. zivil. Praxis 99,1; Thormann-Overbeck, N 14 zu Art. 321

heimhaltung die Interessen der Einzelprozeße bei weitem überwiegt, weil durch die Geheimhaltung das religiöse Leben und damit höchste persönliche und öffentliche Interessen geschützt und Gewissenskonflikte, die im Falle des Offenbarenmüssens unvermeidlich entständen, vermieden werden können. Die Aussagepflicht mit Einwilligung des Berechtigten birgt zudem die Gefahr in sich, daß der Berechtigte, im besondern wenn er Partei ist, häufig moralisch so unter Druck gesetzt werden kann, daß er den Geheimnisträger von der Pflicht zur Geheimhaltung entbinden muß. Befreit er den Geheimnisträger nicht von der Geheimhaltungspflicht, entsteht besonders beim Laienrichter die starke Vermutung, daß der Geheimnisträger zu Ungunsten des Geheimnisgebers aussagen würde. Dieser Gefahr könnte wirksam vorgebeugt werden, wenn die ZPO dem Geheimnisträger ein absolutes Verweigerungsrecht einräumte.

2. **Geistliche.** Von den Geheimnisträgern ist der Geistliche derjenige, welchem historisch als erstem das Verweigerungsrecht eingeräumt wurde [1]). Er ist sozusagen der Geheimnisträger katexochen wegen seiner einzigartigen seelsorgerlichen Tätigkeit. Die Geistlichen der Landeskirchen sind zur Geheimhaltung von Tatsachen, die ihnen wegen ihrer seelsorgerlichen Funktionen anvertraut wurden, schon durch ihre vom Staate sanktionierte Kirchenverfassung verpflichtet. Beim Geistlichen ist die Schweigepflicht im Gegensatz zu andern Berufspersonen nicht bloß zu Gunsten des Geheimnisgebers statuiert, sondern auch wegen der einzigartigen Bedeutung des seelsorgerlichen Amtes. Wenn in irgendeinem Falle, so erscheint in diesem ein Zwang zur Aussage über die genannten Tatsachen unangebracht, selbst wenn der Geheimnisgeber den Geistlichen von seiner Pflicht entbindet. Außerdem ist der Geistliche der Landeskirchen öffentlicher Funktionär, und es müßte ihn also seine vorgesetzte Behörde entbinden [2]). Da aber der Bund das religiöse Heil seiner Bürger nicht ausschließlich in der Zugehörigkeit zu einer Landeskirche sieht, muß das Verweigerungsrecht auch andern Geistlichen zugestanden werden, die in einer religiösen Gemeinschaft die Seelsorge ausüben.

Im Aargau sind die Kirchgemeinden öffentliche Korporationen (Art. 67 der Staatsverfassung), deren Geistliche somit öffentliche Funktionäre.

3. **Medizinalpersonen.** Da § 183 lit. b keine Aufzählung der Berufspersonen vornimmt, kann es im Einzelfalle fraglich sein, wie weit der Kreis zu ziehen sei. Daß **Aerzte** dazu gehören, steht jeden-

[1]) Vgl. Renaud, Lehrb. d. gemeinen deutsch. ZPR S. 287

[2]) Pfeifer, die strafrechtliche Stellung der Geistlichen und Religionsdiener S. 8 ff

falls außer Zweifel, da § 224 StPO sie von der Zeugnispflicht eximiert. **Zahnärzte** bilden mit Bezug auf ihr Verweigerungsrecht bekanntlich in der Literatur einen Streitfall [1]).

U. E. gehören aber in den Kreis der Privilegierten des § 183 lit. b vorab diejenigen Personen, denen ein Gesetz die Schweigepflicht auferlegt. Das ist aber bei Zahnärzten nach Art. 321 I StGB sogar unter Strafsanktion der Fall. Hingegen dürften Tierärzte nicht in Betracht kommen. Der Grund der Privilegierung der Aerzte ist nämlich darin zu erblicken, daß Menschen sich der ärztlichen Pflege nicht aus Furcht entziehen, der behandelnde Arzt werde später als Zeuge ihre intimen Geheimnisse preisgeben und sie eventuell zivil- oder strafrechtlich verantwortlich machen. Dies trifft bei Tierärzten nicht zu [2]). Das ärztliche Hilfspersonal ist in Art. 321 I StGB gleichfalls der Schweigepflicht unterstellt.

Ebenso gehören Apotheker und Hebammen zu den in Art. 321 I StGB ausdrücklich genannten Personen, deren Schweigepflicht sogar unter Strafsanktion gestellt ist. Wie weit weitere Medizinalpersonen wie Wundärzte, Homöopathen verweigerungsberechtigt sind, hat der Richter im Geiste des § 183 lit. b und unter Berücksichtigung eventueller anderer Gesetze, die solchen Personen die Schweigepflicht auferlegen, nach freiem Ermessen zu beurteilen [3]). Das Hilfspersonal der Apotheker und Hebammen ist in Art. 321 I StGB genannt und somit im Sinne des § 183 verweigerungsberechtigt.

4. Was die **iuristische Berufsgruppe** betrifft, stellt § 321 I StGB Rechtsanwälte, Verteidiger und Notare ausdrücklich in Bezug auf ihre Schweigepflicht unter Strafsanktion. Diese Personen sind als verweigerungsberechtigt zu betrachten, ebenso ihr Hilfspersonal, das im gleichen Artikel ausdrücklich genannt ist.

5. **Banken.** Schon ein obergerichtlicher Entscheid aus dem Jahre 1903 [4]) hat sich dahin ausgesprochen, daß Banken nicht nur über die ihnen von ihren Kunden anvertrauten Geheimnisse, sondern auch über den Inhalt mündlicher oder schriftlicher Informationen, die sie über Kunden einziehen, das Zeugnis verweigern können, da solche Informationen unter Zusicherung der Verschwiegenheit erteilt und empfangen werden. Hingegen seien sie aussagepflichtig über Informationen, die ihnen ohne vorherige Anfrage zugekommen sind und die bei der Bank Zweifel und Mißtrauen in die Kreditwürdigkeit eines Kunden wecken sollten. Seither ist das eidg.

[1]) Vgl. Spinner, Aerztliches Recht S. 48 ff; Neumann, S. 165
[2]) Vgl. Suter, S. 75; Neumann, S. 165 ff
[3]) Keller-Pfisterer N 7 zu § 183, S. 227
[4]) VJS III S. 53 f. Nr. 2

Bankengesetz vom 8. Oktober 1934 ergangen, welches die Wahrung des Bankgeheimnisses sogar unter Strafsanktion stellt (Art. 47 lit. b). Ein obergerichtlicher Entscheid vom 10. Oktober 1941 [1]) spricht sich unter Hinweis auf diese eidg. Vorschrift dahin aus, daß die Schranke der Geheimhaltung wegfällt, sobald der Kunde selbst als Geheimnisgeber direkt oder auf dem Rechtswege Auskunft verlangt.

6. **Beamte.** § 183 lit. b gebraucht nicht direkt das Wort Beamte, sondern spricht vom Geheimnis, das jemanden «kraft seines Amtes» anvertraut wurde. Es kommt daher in diesem Sinne u. E. nicht so sehr darauf an, ob der Zeuge in den Personalregistern als Beamter geführt wird, oder aber nur öffentlicher Angestellter oder gar öffentlicher Arbeiter ist. Es handelt sich bloß um die Eigenschaft eines öffentlichen Funktionärs, eines Dienstverhältnisses zum Staat oder zur Gemeinde [2]). Das eidg. Beamtengesetz vom 30. Juni 1927 bestimmt in Art. 28 III, daß der Bundesrat die Grundsätze aufzustellen habe, nach denen die zuständige Behörde die Ermächtigung zur Aussage zu erteilen habe. Ist die Ermächtigung erteilt, hat der Beamte die Stellung eines gewöhnlichen Zeugen.

dd) Das Kunst- und Gewerbegeheimnis

Das Zeugnis kann gemäß § 183 lit. c auch verweigert werden «über Fragen, durch deren Beantwortung er ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis offenbaren müßte». Es handelt sich also wie in § 183 lit. a und c nur um ein Verweigerungsrecht der Aussage über einzelne Fragen.

Wie § 183 lit. a ist auch dieses Verweigerungsrecht zum Schutz des Zeugen selbst aufgestellt; denn zum Schutz von Kunst- und Gewerbegeheimnissen Dritter dient die bereits behandelte Bestimmung des § 183 lit. b, die sich auf fremde Geheimnisse bezieht, die dem Zeugen anvertraut worden sind. In lit. c handelt es sich um eigene Geheimnisse des Zeugen, und zwar um solche gewerblicher Art, um Kunst- und Gewerbegeheimnisse.

Kunst- und Gewerbegeheimnisse sind Immaterialgüterrechte, die vielfach auch durch Spezialgesetze vor Verletzung geschützt werden (Patent-Musterrechte usw.). Es handelt sich um Tatsachen,

[1]) VJS 1941 S. 120 Nr. 41; vgl. Gutachten des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes vom 8. Mai/21. Juni 1935 in Schweiz. Zeitschrift f. Beurk.- und Grdbr. **21** S. 197

[2]) Neumann, S. 176; Suter, S. 83; nicht aber Fleiner, Bundesstaatsrecht S. 242, der den Begriff des Beamten in engerm Sinne definiert

die zu einem Kunst- oder Gewerbebetriebe (Fabrikation) in Beziehung stehen und deren Geheimhaltung dem Interesse und Willen des Betriebsinhabers entspricht. Die Geheimhaltung ist in der Regel keine absolute und besteht meistens darin, daß die Kenntnis dieser Tatsachen nur einem engen Kreis, z. B. bestimmten Angestellten, Familienmitgliedern, offensteht [1]). Gleichgültig ist, ob es sich z. B. um eigene Erfindungen des Zeugen handelt oder um fremde, die ihm dienstbar sind [2]). Gleichgültig ist auch, ob es sich um technische oder kaufmännische Geheimnisse handelt, wie um Bezugsquellen, Absatzgebiete, Rohstoffe, organisatorische Eigenheiten eines Betriebes (Kontrollsystem), Kundenkreise, Preisstellung, Gewinne usw.

Wie weit die aarg. Praxis das Gewerbegeheimnis im Beweisverfahren sogar der Gegenpartei gegenüber wahrt, vgl. darüber V. Kapitel hernach.

C) AUSNAHMEN VOM ZEUGNISVERWEIGERUNGSRECHT

Selbst Personen, die ein Zeugnis verweigern dürfen, haben kein Recht, sich der Aussage zu entziehen, soweit es sich um Tatsachen handelt, die § 184 Ziff. 1—4 erschöpfend aufzählt. Diese Bestimmungen, welche die alte ZPO nicht gekannt hat, sind der deutschen ZPO § 385 nachgebildet. Die aarg. ZPO folgt der deutschen auch darin, daß sie die Ausnahmen vom Verweigerungsrecht auf die Fälle beschränkt, in welchem es sonst in Sachen eines Angehörigen in Frage kommt. In allen andern Verweigerungsfällen greifen diese Ausnahmen nicht ein.

a) Zeugen eines Rechtsgeschäftes

Gemäß § 184 Ziff. 1 darf auch in Sachen Angehöriger das Zeugnis nicht verweigert werden über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäftes, bei dessen Errichtung der zu Vernehmende als Zeuge zugezogen war. Gleichgültig ist, ob die Zuziehung zur Erfüllung der Form gesetzlich gefordert oder nur durch Parteiwillen zu Beweiszwecken erfolgt ist. Dies im Unterschied zu den Fällen, in denen der Zeuge nur zufällig, nicht als testis rogatus zugegen war [3]). Wurde der Zeuge nur zu den Verhandlungen über das Rechtsgeschäft, nicht aber zur Errichtung beigezogen, findet Ziff. 1 keine Anwendung [4]).

[1]) Hafter, Lehrbuch des Strafrechts Bes. Teil I 394; Thormann-v.Overbeck, N 1 zu Art. 162 StGB

[2]) Keller-Pfisterer, N 9 zu § 183, S. 227

[3]) Keller-Pfisterer, N 2 § 184

[4]) Stein, N 2 zu § 385 deutsche ZPO

b) Zivilstandssachen

Gemäß § 184 Ziff. 2 darf ferner auch in Sachen Angehöriger das Zeugnis nicht verweigert werden «über Geburten, Ehe- und Waisensachen und Sterbefälle von Familiengliedern» [1]). Der Begriff «Familienglieder» ist im weitesten Sinne, ohne Beschränkung auf Verwandtschaft [2]), zu nehmen.

c) Familienvermögen

Gemäß § 184 Ziff. 3 darf ferner auch in Sachen Angehöriger das Zeugnis nicht verweigert werden «über Tatsachen, welche die durch das Familienverhältnis bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen». Darunter fallen Angelegenheiten des ehelichen Güterrechts (ZGB 178 ff.), der Unterstützungspflicht (ZGB 328 ff.), Familienstiftungen (ZGB 335), Gemeinderschaften (ZGB 336 ff.), Heimstätten (ZGB 349 ff.), des Erbrechts (ZGB 457 ff.) [3]).

d) Rechtsvorgänger und Vertreter

Schließlich nimmt Ziff. 4 § 184 vom Verweigerungsrecht aus die Aussage des Zeugen «über die das streitige Rechtsverhältnis betreffenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger od. Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen». Es handelt sich also nicht um Wahrnehmungen des Zeugen, sondern um Handlungen des Zeugen, die er selbst, sei es in seiner Eigenschaft als Rechtsvorgänger, sei es in der eines Vertreters einer Partei — nach der Behauptung des Beweisführers — vorgenommen haben soll [4]).

[1]) Vgl. ZGB 46, 48 und VO über den Zivilstandsdienst Art. 61 ff., ferner ZGB 274, 368 ff.

[2]) Keller-Pfisterer, N 5 § 184, S. 228; Schneider, Slg. II (1901) Nr. 386; Stein, N 1 zu § 385 deutsche ZPO

[3]) So schon im kanonischen Recht in causis domesticis can. 3 X 4,18

[4]) Keller-Pfisterer, N 7 § 184, S. 228; Heilfron, S. 760

5. Die Wahrheitspflicht und die Folgen ihrer Verletzung

Die Wahrheitspflicht ist der Zeugnispflicht so immanent, daß sie unabhängig davon besteht, ob die ZPO oder ein anderes Gesetz sie ausdrücklich statuiert oder nicht. So macht auch Art. 307 StGB die Strafbarkeit der falschen Zeugenaussage (Aussage zur Sache, d. h. Erklärungen, die das Prozeßrecht als Zeugenaussage auffasst) in einem gerichtlichen Verfahren nicht davon abhängig, ob die kantonale Gesetzgebung die Wahrheitspflicht eines Zeugen positivrechtlich festlegt. Auch die Ermahnung des Zeugen durch den Richter zur Wahrheit ist nach Art. 307 StGB keine Voraussetzung der Wahrheitspflicht.

Im Gegensatz zur Beweisaussage der Partei (Art. 306 StGB), wo richterliche Ermahnung zur Wahrheit und sogar Hinweis auf die Straffolgen als zu beachtende Formen gefordert werden, wenn der strafbare Tatbestand vorliegen soll, wird dies in Art. 307 StGB nicht verlangt. Beim Zeugen wird also vom Strafgesetzgeber das Schwergewicht der Tatbestände auf die Verletzung der Wahrheitspflicht, nicht auf die Verletzung der Form gelegt [1]). Die Formalitäten der Zeugenabhörung und die Folgen ihrer Unterlassung bleiben in der Kompetenz der Kantone, in die sich der eidg. Gesetzgeber nicht einmischen wollte. Wenn also ein Zeuge nicht zur Wahrheit ermahnt wurde, weil das die kantonale Prozeßordnung nicht vorschreibt oder weil dies gegen die Vorschrift unterlassen wurde, bleibt nach bundesgerichtlicher Praxis eine Bestrafung wegen falschen Zeugnisses doch möglich, sofern der Zeuge sich bewußt war, als Zeuge auszusagen und im Falle der falschen Aussage straffällig zu werden [2]).

Das Bundesgericht geht sogar noch weiter und nimmt das gleiche bei mangelnder Belehrung über das Recht der Zeugnisverweigerung an, wenn ein falsches Zeugnis abgelegt wurde. Die Nichtbeachtung einer solchen Vorschrift führe nicht von Gesetzes wegen zur Ungültigkeit des Zeugnisses, wenn dies nicht die kantonale Gesetzgebung als Rechtsfolge statuiere. Sie verpflichte nur den Strafrichter, sich zu fragen, ob trotz dem Fehlen dieser Ermahnungen die subjektiven Voraussetzungen des Vergehens gegeben sind. Die Kantonsgesetzgebung könnte, wie der Bundesstrafprozeß in Art. 76, 82 und 83, die formverletzende Zeugenaussage als nichtig erklären. Wenn sie das aber nicht tue, könne man sich fragen, ob der Zeuge nicht doch von seinem Recht der Zeugnisverweigerung Kenntnis ge-

[1]) Stoos, vgl. Darstell. Bes. Teil III 379 ff

[2]) BGE v. 3. Dez. 1943 in Prax. 33 (1944) Nr. 90 S. 74 ff.; vgl. auch BGE 69 IV 219 ff.

habt hätte [1]). Nach Thormann- v. Overbeck [2]) liegt eine rechtsgültige Aussage vor. Nur bei der Strafzumessung ist zu berücksichtigen, daß der Zeuge vielleicht überhaupt nicht ausgesagt hätte.

Nun haben wir aber bereits im Abschnitt 4 a dieses Kapitels dargelegt, daß die aarg. ZPO die Wahrheitspflicht in § 133 I ausdrücklich statuiert und eine Ermahnung zur Wahrheit sowie eine Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht ausdrücklich vorschreibt (§ 195), ohne aber eine Sanktion für die Unterlassung dieser Formen zu statuieren. Erst die kantonale Praxis legte das Gesetz so aus, daß — wie dargelegt wurde — die Unterlassung der Belehrung über die Verweigerungsgründe die formelle Ungültigkeit des Zeugnisses und Straflosigkeit der falschen Aussage zur Folge habe. Ebenso sah die kantonale Praxis ein falsches Zeugnis wegen Unterlassung der Ermahnung zur Wahrheit als straflos an [3]).

Wie stellt sich nun das schweiz. Strafgesetzbuch zu dieser Praxis?

Nach bundesgerichtlicher Praxis zum StGB [4]) kommt es nicht darauf an, ob das kantonale Recht ausdrücklich die Ungültigkeitsfolge eines Zeugnisses wegen Formmängel statuiert, es genügt vielmehr, wenn auf dem Wege der Auslegung die Ungültigkeit des Zeugnisses als Sinn der kantonalen Vorschriften sich ergibt. Darüber aber sage die letzte kantonale Instanz für den Kassationshof verbindlich aus. Im der Entscheidung des Kassationshofes zugrunde liegenden konkreten Falle war das aarg. Obergericht Vorinstanz und erklärte, daß nach aarg. Prozeßordnung der Zeuge auf die Straffolgen des falschen Zeugnisses und auf die Zeugnisverweigerungsgründe aufmerksam zu machen sei und daß die Nichtbeachtung dieser Vorschriften die Ungültigkeit der Aussage zur Folge habe. Damit war aber, wie der eidg. Kassationshof ausführt, für ihn die Frage endgültig entschieden, da er selbst nicht darüber zu befinden hat, was kantonal Rechtens sei. Eine ungültige Aussage kann aber naturgemäß keine Straffolgen nach dem schweiz. StGB nach sich ziehen.

Wie weit erstreckt sich nun die Wahrheitspflicht des Zeugen?

Aus Art. 307 III StGB läßt sich entnehmen, daß die Wahrheitspflicht umfaßend ist. Sie erstreckt sich nicht etwa nur auf Tatsachen, die für die rechtliche Entscheidung erheblich sind, sondern auch auf die für die Entscheidung «unerheblichen Tatsachen». Nur die Bestrafung ist im letztern Falle milder. Nach bundesgerichtlicher Pra-

[1]) Prax. 33 (1944) Nr. 30 S. 76
[2]) Komm. N 4 zu Art. 307 StGB
[3]) VJS 41 S. 74 Nr. 22 Erw. III b und BGE 1945 IV Nr. 10
[4]) Praxis 34 (1945) No. 96 S. 210 ff.

xis [1]) sind unerhebliche Tatsachen solche, welche unzweifelhaft außerhalb der zu entscheidenden Rechtsfrage liegen. Als Beispiel wird die Aussage über die Personalien des Zeugen angeführt. Auch diese Aussage ist also, wenn sie falsch ist, strafbar, wenn auch milder.

Ob der Richter der Aussage glaubt oder nicht, ob die bezeugte Tatsache durch eine andere, einredeweise geltend gemachte, ihre rechtliche Bedeutung einbüße oder ob sie aus irgend einem Grunde sich nicht im Urteil auswirke, spielt nach dem zitierten bundesgerichtlichen Entscheid keine Rolle. Unerheblich sind nach dieser Auffassung auch Tatsachen, die zwar mit dem zu beurteilenden Sachverhalt zusammenhängen, aber ihrer Natur nach für eine rechtliche Schlußfolgerung schlechtweg nicht in Betracht kommen, z. B. Tatsachen, nach denen der Richter bloß fragt, um mit dem Zeugen in Kontakt zu kommen oder um dessen Zuverlässigkeit in der Beobachtung zu prüfen, bei einem Autounfall z. B. die Farbe des Automobils. Verletzung der Wahrheitspflicht ist auch bei diesen Aussagen strafbar (nach dem mildern Satz).

Zutreffend führt der gleiche Entscheid weiter aus, die Wahrheitspflicht des Zeugen könne nicht verschieden sein, je nach dem, ob seine Aussage die richterliche Entscheidung letzten Endes beeinflußt hat oder nicht. Sonst müßte z. B. bei Erledigung eines Prozesses durch Vergleich den Zeugen unverdienterweise nur die mildere Strafe nach Art. 307 III StGB treffen.

Strafbar ist nur die Aussage im «gerichtlichen Verfahren». Gleichgültig ist die Art des richterlichen Verfahrens (ordentliches, summarisches, Vorverfahren usw.) [2]).

Falsch ist die Aussage, wenn sie objektiv der Wahrheit widerspricht, wie sie der Zeuge kennt. Hat der Zeuge Zweifel, soll er sie erwähnen («sofern ich mich erinnere»). Auch die absichtliche Verschweigung einer Tatsache kann die Aussage als falsch erscheinen lassen, wenn sie der Darstellung eine andere Bedeutung gibt [3]).

Fahrlässige falsche Aussage ist straflos.

Vollendet ist das Delikt der falschen Zeugenaussage mit der Beendigung der Abhörung des Zeugen. Wann dieser Abschluß erfolgt, ist nach dem Prozeßrecht zu entscheiden. Gemäß § 199 ZPO hat der Protokollführer die zu Protokoll gebrachten Aussagen zu verlesen. Diese Verlesung (Vgl. V. Kapital 3 b) nimmt die Praxis so wichtig, daß sie die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Zeugen für falsche Aussagen ausschließt, wenn dem Zeugen das Proto-

[1]) Praxis 33 (1944) Nr. 88 S. 221 ff. (Entscheid vom 18. Februar 1944)
[2]) Thormann-v.Overbeck, N 3 zu Art. 307 StGB
[3]) Thormann-v.Overbeck, N 5 zu Art. 307 StGB

koll nicht verlesen wurde [1]). Die Verlesung bildet somit den Abschluß der Abhörung des Zeugen. Mit ihr tritt die Vollendung des Deliktes ein. Zur Vollendung ist es nicht nötig, daß der Richter die Aussage ausdrücklich erwähnt oder würdigt, oder daß die Aussage den Richter sogar bei seiner Entscheidung direkt beeinflußt hat [2]). Eine nachherige Berichtigung ist nach Art. 308 StGB zu beurteilen. Darnach kann der Richter, wenn die Berichtigung spontan («aus eigenem Antrieb») erfolgte und noch kein Rechtsnachteil für einen andern entstanden ist, die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 66 StGB) oder von einer Bestrafung Umgang nehmen.

Teilnahme ist strafbar, auch versuchte Anstiftung. Eine solche liegt aber nicht vor, wenn der sog. Anstifter nur darauf ausgegangen ist, den Zeugen zu täuschen, damit er im guten Glauben falsche Aussagen mache [3]).

Strafrechtliches Schutzobjekt ist bei diesem Delikt das Interesse der Rechtspflege an wahrheitsgemässer Information, was aus dessen Einreihung unter die Delikte gegen die Rechtspflege hervorgeht [4]).

Die Strafe ist gemäß Art. 307 StGB beim Grundtatbestand Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis (von drei Tagen bis zu drei Jahren), im privilegierten Falle (unerhebliche Tatsachen) Gefängnis von drei Tagen bis zu sechs Monaten.

Die zivilrechtliche Folge der falschen Zeugenaussage ist Schadenersatz gemäß Art. 41 ff. OR, wobei die falsche Aussage die Widerrechtlichkeit bildet und auch eine bloß fahrlässig falsche Aussage Ersatzfolgen auslösen kann [5]).

[1]) VJS 1906 S. 119 Nr. 72

[2]) Thormann-v.Overbeck, N 8 zu Art. 307 StGB

[3]) Prax. 34 (1945) Nr. 169 S. 409 ff.

[4]) Thormann-v.Overbeck, N 1 zu Art. 307;
Stoos, Grundzüge II 448; Liszt, Lehrbuch S. 588

[5]) Oser, N 63 ff. zu Art. 41 OR

IV. Der Gegenstand des Zeugenbeweises

I. Allgemeines

Schon aus dem im II. Kapitel, 1. Abschnitt, festgestellten Begriff des Zeugen ergab sich, daß der Zeuge berufen wird, aus eigener Sinneswahrnehmung über vergangene, im Prozeß streitige, erhebliche Tatsachen auszusagen. Diese Tatsachen bilden das Beweisobjekt, den Gegenstand des Zeugenbeweises, der gemäß § 189 dem Zeugen in der Vorladung mitzuteilen ist.

Bei der eigenen Sinneswahrnehmung handelt es sich, wie bereits in den Darlegungen des I. Kap. hervorgehoben wurde, unzweifelhaft nicht bloß um die nackte Wiedergabe empfangener Sinneseindrücke, sondern zugleich um Kundgabe von Schlußfolgerungen des Zeugen, die er auf Grund der Wahrnehmungen gezogen hat. Schon um die Frage zu prüfen, ob und inwieweit angenommen werden darf, daß der Zeuge nach Zeit und Ort, nach Beschaffenheit seiner Umgebung, nach dem Grade seiner Aufmerksamkeit und den sonstigen Nebenumständen klar und sicher wahrgenommen hat, müssen sog. Hilfstatsachen des Beweises herangezogen werden, die Aussage somit über das Zeugnis zur «Sache» hinaus erweitert werden [1]).

Das gleiche gilt für die weitere Frage, ob der Zeuge nach dem Schatz seiner Erfahrung und nach der Ausbildung seiner Urteilskraft imstande war, das Wahrgenommene zu einer richtigen Schlußfolgerung auf die Wahrheit der Tatsache zu verwerten, die er sinnlich wahrgenommen haben will.

Umsomehr sind Hilfstatsachen des Beweises heranzuziehen, wenn das Ausgesagte nur eine Schlußfolgerung des Zeugen darstellt. Solche Schlußfolgerungen werden zwar für den Richter unbeachtlich sein, wenn er nicht kontrollieren kann, auf Grund welcher sinnlicher Eindrücke und welcher Kenntnisse der Zeuge zu ihnen gelangt ist. Sie werden aber an Bedeutung gewinnen, wenn dem Zeugen nach Lage der Sache zuverlässige Beobachtung, Erfahrung und Urteilskraft zur Seite stehen. Das kommt insbesondere bei sachverständigen Zeugen in Betracht, ferner bei verneinenden Zeugnissen, d. h.

[1]) Vgl. Stein, Komm. S. 738; Wetzell, System, S. 187 f.; Schuster, Zivilprozeßr. S. 302

bei der Schlußfolgerung des Zeugen, daß etwas nicht geschehen sei, weil er es nicht wahrgenommen habe, sowie bei Zeugnissen vom Hörensagen.

Der Gegenstand der Wahrnehmung des Zeugen kann aber auch eine an sich unerhebliche Tatsache sein, die auf eine erhebliche Tatsache schließen läßt. Der so geführte Beweis wird Indizienbeweis oder indirekter Beweis im weitern Sinne genannt. Bei tieferer Betrachtung zeigt sich sogar, daß überhaupt jeder Zeugenbeweis nichts anderes als eine ziemlich lange Kette von aneinander gereihten Schlußfolgerungen ist, deren Ausgangspunkt die Wahrnehmung des Richters von der Zeugenaussage und deren Endpunkt die vom Zeugen wahrgenommene Tatsache ist. Dieser psychische Vorgang spielt sich meist unbewußt und mit blitzartiger Schnelligkeit ab, trotzdem er sehr kompliziert ist, weil der Richter verschiedene Indizien für die Glaubwürdigkeit, Wahrnehmungsfähigkeit, Intelligenz des Zeugen zu berücksichtigen hat.

Die Schlußfolgerungen von diesen Indizien auf die Glaubwürdigkeit eines Zeugen bezeichnen manche Autoren als Hilfsbeweis und den Gegenstand dieses Beweises als (bereits oben genannte) Hilfstatsachen des Beweises [1]). Jedes Indiz ist darnach Hilfsbeweissatz im Gegensatz zu der zu beweisenden Tatsache, die den Hauptbeweissatz bildet. Indizienbeweis ist nach diesen Autoren bloß die Schlußfolgerung vom letzten Indiz einer Indizienkette auf die zu beweisende Tatsache, während alle vorgehenden Schlußfolgerungen unter dem Ausdruck Hilfsbeweis zusammengefaßt werden.

Man kann mit dieser Auffassung einiggehen oder nicht, der Unterscheidung zwischen Hilfs- und Hauptbeweissatz ist jedenfalls zuzustimmen. Der indirekte Beweis durch Indizien (sog. praesumptiones facti hominis) ist, ohne ausdrücklich genannt zu sein, schon infolge des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung im aarg. Zivilprozeß anerkannt [2]). Indizien werden aber, wie Keller zutreffend bemerkt [3]), deshalb nicht schon zu Beweismitteln, weil sie den Beweis einer andern Tatsache vermitteln. Sie sind vielmehr Beweisobjekt.

Diese Betrachtungen ergeben, daß sich der Gegenstand des Zeugenbeweises weit über die Aussage zur «Sache» hinaus erstreckt. Wie das StGB kennen auch die Zivilprozeßordnungen keine Beschränkung auf die Aussage zur «Sache». Vielmehr lassen sich bei der Zeugeneinvernahme auch nach der aarg. ZPO drei Teile deutlich

[1]) Schrutka, S. 201; Sperl, S. 468 ff. vgl. auch Stein, Grundriß S. 158; Goldschmidt, S. 135

[2]) VJS VI Nr. 29 und Nr. 58

[3]) Keller-Pfisterer, N 7 b zu § 143, S. 189

unterscheiden: die Personalfragen (§ 197 erster Satz), die Generalfragen (§ 197 zweiter Satz) und die Fragen über die Wahrnehmungen in der Sache selbst.

2. Die Personalfragen

Diese sowie die Generalfragen werden auch als **Vorfragen** bezeichnet (Marginale zu § 197). Die Personalfragen — § 197 nennt Namen, Alter, Beruf oder Gewerbe und Wohnort — dienen nicht nur der Identitätsfeststellung. Sie üben ohne Zweifel einen großen Einfluß auf die Beurteilung wichtiger Punkte aus. So bildet das **Lebensalter** einen wichtigen Anhaltspunkt zur Beurteilung der Zeugnisfähigkeit. Nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung können auch Kinder und Greise zur Zeugenaussage herangezogen werden. Das Alter ist aber neben weitern Anhaltspunkten bedeutsam für die Wahrnehmungs- und Mitteilungsfähigkeit des Zeugen. Zu solchen weitern Anhaltspunkten gehören Fragen über die körperliche und geistige Gesundheit und deren dauernde oder vorübergehende, mehr oder minder hochgradige Störungen durch Fehler (Schwäche des Auges, des Gehörs) oder Krankheiten. Der Richter wird sich eventuell durch Gedächtnisproben auch ein Bild von der Leistungsfähigkeit des Gedächtnisses zu machen haben.

Die Fragen nach **Beruf oder Gewerbe** sind nicht nur aufschlußreich bei sachverständigen Zeugen, sondern auch zur Beurteilung der geistigen Entwicklung und des davon abhängigen Bildungsgrades.

Der **Wohnort** und Heimatort [1]) geben Aufschluß über das Milieu, die Nachbarschaft usw.

Zu den persönlichen Verhältnissen gehört aber auch der **Leumund.** Da das Gesetz ihn nicht erwähnt, erhebt sich die Frage, ob der Zeuge auch auf eine Frage nach seinen **Vorstrafen** antworten muß. Diese Frage ist zu verneinen, da schon nach § 183 lit. a der Zeuge über Fragen das Zeugnis verweigern kann, deren Beantwortung ihm zur Schande gereicht. Ueberhaupt soll der Zeuge, der in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht vor Gericht erscheint, dort nicht durch Erörterungen über seine Vorstrafen vor der Oeffentlichkeit unnötig bloßgestellt und so zur Verletzung der Wahrheitspflicht verleitet werden [2]).

[1]) Das Kreisschreiben v. 21. XII. 1939 (VJS 1939 No. 48 S. 140) verlangt auch die Frage nach dem Heimatort

[2]) Löwe, N 4 zu § 68 a deutsche StPO; Delaquis, «Rehabiliation, richterliches Fragerecht und Aussagepflicht betr. Vorstrafen», in ZStr **30,** 59, 73 ff.

Selbst Art. 84 III BStP bestimmt: «Nach Vorstrafen darf nicht gefragt werden. Wird eine bestimmte ungelöschte Vorstrafe behauptet, kann der Richter den Zeugen darüber befragen, wenn er es zur Beurteilung seiner Glaubwürdigkeit für unerläßlich hält».

3. Generalfragen

Dazu gehören nach § 197, zweiter Satz, «Fragen über Umstände, die seine (sc. des Zeugen) Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien». Im Gegensatz zu den Personalfragen sind diese Generalfragen gemäß ausdrücklicher Bestimmung nur «erforderlichen Falls» zu stellen. Sie stehen also im richterlichen Ermessen.

Zu diesen Generalfragen gehören zunächst Fragen über das **persönliche Verhältnis des Zeugen zu den Parteien.** Gegenstand der Aussage sind also Antworten auf die Fragen nach engen Familienbanden wie Ehe, Verwandtschaft, Schwägerschaft und häusliche Gemeinschaft, ferner nach Freundschaften oder Feindschaften, Abhängigkeitsverhältnissen, religiösen, politischen, sozialen Gegensätzen und Rivalitäten.

Weiter fallen unter die Generalfragen Fragen über das **Verhältnis des Zeugen zur Streitsache,** d. h. darüber, ob sich der Sieg einer Partei für den Zeugen, besonders für sein Vermögen, seine Ehre, seine gesellschaftliche Stellung vor- oder nachteilig auswirke.

4. Die Fragen zur Sache

Unter diese wichtigste Kategorie von Fragen fallen jene über die im Prozeß streitigen Tatsachen, die für die richterliche Entscheidung erheblich sind. Tatsachen sind die konkreten, nach Raum und Zeit bestimmten Geschehnisse und Zustände der Aussenwelt und des menschlichen Seelenlebens, die die Rechtsordnung zur Voraussetzung ihrer Wirkungen gemacht hat [1]). In der Literatur ist streitig, ob Tatsachenbehauptungen oder Tatsachen als solche Beweisobjekt sind [2]). Wir haben uns im I. Kapitel zur ersteren Ansicht bekannt. Den Gegensatz zu den Tatsachenbehauptungen bilden die iuristischen Urteile, die nicht Gegenstand der Zeugenbefragung sein

[1]) Vgl. Rosenberg, Lehrb. S. 360; Stein, Komm. 735; Hellwig, System 673 ff.

[2]) Für Tatsachenbehauptungen z. B. Rosenberg, 361; Planck, 156; Hellwig, 673; für Tatsachen als Beweisobjekt z. B. Heusler, Grundlagen 217; Schrutka, 193; Sauer, Grundlagen 60 ff.

können. Doch handelt es sich oft um iuristisch gefärbte Einkleidungen einer Tatsache. Solange Rechtsbegriffe wie Eigentum, Kauf, Miete allgemein bekannt und in der Alltagssprache gebräuchlich sind, können sie auch Gegenstand des Beweises sein [1]). Nur wird der Richter sorgfältig zu prüfen haben, wieweit sich die tatsächlichen Verhältnisse mit diesen Rechtsbegriffen decken.

Es wurde bereits hervorgehoben, daß es neben den unmittelbar erheblichen auch bloß mittelbar erhebliche Tatsachen gibt, die sog. Indizien, die Beweisobjekt sein können. Doch ist es nicht Sache des Zeugen, die Erheblichkeit etwa zu beanstanden und deswegen eine Aussage zu verweigern.

Das gleiche gilt von der Streitigkeit einer Tatsache. Dieses Erfordernis resultiert aus dem Grundsatz der Parteiverantwortlichkeit für die Stoffsammlung. Gesteht die Partei gegnerische Behauptungen ausdrücklich als richtig zu (§ 143 I), entfällt nach der Verhandlungsmaxime ihre Beweisbedürftigkeit. Doch ist es auch hier nicht Sache des Zeugen, der Unbestrittenheit wegen eine Aussage zu verweigern.

[1]) Stein, Komm. 633; Tuason, S. 2.

V. Das Zeugenbeweisverfahren

1. Die Beweisantretung

A) ALLGEMEINES

Die ZPO § 1 stellt schon an die Spitze den sie beherrschenden Grundsatz: «Der Richter soll nur auf Begehren einer Partei und nie von Amtes wegen verfahren, außer in den Fällen, in denen ihm die Amtshandlung gesetzlich vorgeschrieben ist.» Laut Marginale bringt dieser Satz die «Verhandlungsmaxime» zum Ausdruck. Das stimmt allerdings nicht. Statuiert wird dadurch vielmehr die sog. **Dispositionsmaxime,** die oft mit der Verhandlungsmaxime verwechselt wird.

Von den Gestaltungsprinzipien des Prozesses bildet nämlich die Verhandlungsmaxime den begrifflichen Gegensatz zur **Inquisitionsmaxime.** Nach dieser letztern ist der Richter für die ganze Stoffsammlung verantwortlich, somit für die Beibringung des Tatsachen- und des Beweismaterials, welche die Entscheidungsgrundlage bilden sollen (Richterherrschaft oder Richterverantwortlichkeit). Die **Verhandlungsmaxime** bringt hingegen das Prinzip der Parteiherrschaft und der Parteiverantwortlichkeit zur Geltung. Den Parteien allein fällt nach diesem Prinzip die Stoffsammlung zu [1]).

Von der Verhandlungsmaxime und ihrem begrifflichen Gegensatz, dem Inquisitionsprinzip (Untersuchungsprinzip) unterscheidet sich die Dispositionsmaxime, die ihrerseits den Gegensatz zum Offizialprinzip bildet. Die **Dispositionsmaxime** fordert die freie Verfügung der Parteien über ihre materiell- und prozeßrechtlichen Ansprüche. Von ihnen hängt es ab, welche Rechte sie geltend machen wollen, sie verfügen über den Prozeß als Ganzes. Die Dispositionsmaxime betrifft also nicht die Stoffsammlung, sondern die Verfügungsfreiheit der Parteien über Gang und Inhalt des Verfahrens (freilich nicht über die Art des Verfahrens: Konventionalprozeß). Aus der Dispositionsmaxime folgen die Sätze: ne eat iudex ultra petita partium (§ 2 ZPO), ne procedat iudex ex officio [2]). Für die

[1]) Schmidt, Lehrbuch 340; Siegrist, Grundfragen S. 61

[2]) Schmidt, Lehrb. 324 ff.; Siegrist, S. 64; Hasler, S. 15 ff. kommt mit seiner Einteilung in formelle und materielle Parteiherrschaft (der Arthur Müller, Die Parteibefragung i. d. aarg. ZPO S. 11 ff. folgt) dieser Einteilung nahe, ohne sich ganz mit ihr zu decken.

Tatsachenermittlung bedeutet die Dispositionsmaxime, daß es grundsätzlich der Parteitätigkeit anheimgestellt bleibt, die vollständige und richtige Urteilsgrundlage zu schaffen. Die Parteien haben demgemäß ihre Rechtsbegehren zu formulieren, die Behauptungen aufzustellen und die Beweismittel anzugeben. Ihr Verhalten bestimmt, wie weit die richterliche Wahrheitsprüfung zu gehen hat.

Demgemäß ist § 1 ZPO der Ausdruck der Dispositionsmaxime. Die Verhandlungsmaxime, d. h. die Beschaffung des Tatsachen- und Beweismaterials durch die Parteien, ist jedoch in der ZPO nicht prinzipiell statuiert, sondern aus einzelnen Bestimmungen zu erschliessen:

Schon in der Klage soll gemäß § 111 I der Kläger alle Tatsachen anbringen und alle Beweismittel benennen, womit er seine Klage begründen will. Ebenso hat der Beklagte in seiner Antwort gemäß § 115 lit. c eine Darstellung aller Tatsachen und die Angabe aller Beweise zu seiner Verteidigung auf die Klage anzubringen. Des weitern hat sich gemäß § 116 jede Partei über die erheblichen tatsächlichen Anbringen der Gegenpartei der Reihenfolge nach auszusprechen. In diesen Bestimmungen ist das Verhandlungsprinzip enthalten. Ueberdies stellt zwar die Bestimmung des § 143 III «der Beweis liegt derjenigen Partei ob, welche die Tatsachen behauptet hat; doch ist dem Gegner auch der Gegenbeweis gestattet» eine Beweislastregel auf, aus der aber ersichtlich ist, daß die Parteien grundsätzlich die Verantwortung für die Beweissammlung tragen. Von einer Beweislast im rechtlichen Sinn kann nicht gesprochen werden, sobald die Offizialtätigkeit des Gerichtes den Ausschlag gibt.

Der Grundsatz der Beweisbeschaffung durch die Parteien ist tiefer begründet als nur in der folgerichtigen Durchführung der Verhandlungsmaxime. Die Parteiverantwortlichkeit ist die beste Garantie einer raschen, erschöpfenden und gerechten Prozeßführung. Haben doch die Parteien die beste Kenntnis vom Sachverhalt. Sie werden meist schon aus eigenem Antrieb für die Herbeischaffung des nötigen Materials sorgen und dem Richter einen möglichst vollkommenen Tatbestand vorlegen. Sie sind in der Lage, in kurzer Zeit alle Beweismittel anzugeben und meist auch herbeizuschaffen. Eine Offizialtätigkeit des Gerichts kann in der Regel den Vergleich mit dem lebendigen Spiel der Kräfte nicht aushalten, welche die Parteien im Kampf um ihr Recht entfalten. Sie werden aus eigenem Interesse falschen Behauptungen des Gegners widersprechen und alles vorbringen, was zur Herstellung des wahren Sachverhaltes dienlich ist [1]).

[1]) Hellwig, S. 407; Levin, S. 32

Das Resultat braucht deswegen nicht bloß die sog. formelle Wahrheit zu sein. Auch die materielle Wahrheit wird durch die Konkurrenz der streitenden Parteien in der Regel besser gefördert als durch bloße Offizialtätigkeit des Gerichtes. Nur darf auch hier keine Prinzipienreiterei einreißen. Partei- und Richtertätigkeit müssen sich gegenseitig befruchtend ergänzen und durch das Zusammenspiel die richtige Resultante zeitigen.

Die aarg. ZPO hat diesem Gedanken Rechnung getragen und den Richter befugt, bestimmte Beweismittel herbeizuziehen, welche von den Parteien nicht angerufen worden sind. So darf der Richter ex officio Augenscheine vornehmen (§ 217), Sachverständigengutachten einholen (§ 203) und die gerichtliche Parteibefragung (§ 223) durchführen. Die Herbeiziehung dieser drei Beweismittel durch den Richter von Amtes wegen darf jedoch nur zur Ermittlung der Gewißheit solcher Tatsachen erfolgen, welche von den Parteien behauptet worden sind.

Darüber hinaus gibt es, wie wir sehen werden, Prozesse, in denen das Offizialprinzip noch mehr eingreift.

b) DIE BEWEISANGEBOTE

Es gehört zu den Eigenarten des aarg. Zivilprozesses, daß das Beweisverfahren nicht einen bloßen Inzidenzpunkt in der mündlichen Verhandlung bildet, wie etwa in der deutschen ZPO, sondern daß es vom Behauptungsstadium (§§ 106—135) getrennt als ein besonderes, diesem nachfolgendes Prozeßstadium ausgestaltet ist (§ 6 Abänderungsgesetz vom 20. März 1941 und § 144 I ZPO). Die Zaesur zwischen diesen beiden Stadien bildet die gesetzliche Praeklusion aller im Behauptungsstadium nicht vorgebrachten tatsächlichen Anbringen (§ 134 und 135 VI und VII). Diese Praeklusion umfaßt insbesondere auch die Beweismittel, bestimmt somit auch den Umfang des Beweisverfahrens, soweit nicht Beweismittel in Betracht kommen, die der Richter von Amtes wegen anordnen kann [1]).

Trotzdem ist die Trennung zwischen Behauptungs- und Beweisstadium keine absolute, weil, wie wir sehen werden, Teile des Beweisverfahrens schon im Behauptungsstadium abgewickelt werden. Insbesondere erfolgt die Beweisantretung schon im Behauptungsstadium, nicht etwa wie im Bundeszivilprozeß in einem besondern Beweisantretungsverfahren (Art. 157—161).

Der Kläger hat schon in der Klage nicht nur «kurz und bestimmt alle Tatsachen» anzubringen, sondern auch «alle Beweismit-

[1]) Keller-Pfisterer, N 1 zum Titel «Beweisverfahren», S. 186

tel» zu benennen, «womit er seine Klage begründen will» (§ 111 I). Im Einzelrichterverfahren erfolgt die Klage mündlich [1]), im appellablen Verfahren schriftlich (Abänd. Ges. § 5). Der Kläger hat also nicht nur eine vollständige Substanzierung der Klage zu geben, sondern nach dem sog. Prinzip der Beweisverbindung auch eine vollständige Aufzählung der Beweismittel. Die Sanktion dieser Vorschrift besteht in einer Praeklusion, die aber wie wir sehen werden, erst mit dem Zeitpunkt der Erstattung von Replik und Duplik eintritt (§ 134). Da das Gesetz nichts besagt, kann die Darstellung in der Klage und in den weitern Anbringen zusammenhängend oder in einzelne Artikel aufgelöst sein. Die natürliche, zusammenhängende Erzählung vermittelt ein lebendiges Bild des Streitfalles. Die Praxis zieht aber artikulierte Schriftsätze vor, weil sie die Verweisung auf und die Aufstellung der Beweissätze erleichtert. Es können und sollen zu jeder Behauptung die entsprechenden Beweismittel angeboten werden. Zeugen sind mit möglichst genauer Bezeichnung von Name und Adresse anzuführen.

Das Zeugenangebot des Klägers hat also bereits in seiner Klageschrift zu erfolgen. Allerdings sind bei bloßer Namensverwechslung eines Zeugen Korrekturen gestattet. Als Zeugen müssen bestimmte natürliche Personen angeführt werden, nicht etwa eine Aktiengesellschaft, eine Personenfirma [2]).

Der Beklagte hat in seiner Antwort gemäß § 115 lit. b die Einreden gegen die Beweisanträge der Klage zu erheben, ferner gemäß lit. c alle Beweise für die zu seiner Verteidigung geltend gemachten Tatsachen anzubieten. Das geschieht im beschleunigten und einzelrichterlichen Verfahren mündlich, im appellablen schriftlich.

Die sog. Beweiseinreden [3]) sind Einwendungen gegen die Zulässigkeit und die Beweiskraft der einzelnen vom Kläger angebotenen Beweismittel. Gegen die klägerischen Zeugenangebote kann der Beklagte etwa einredeweise geltendmachen, der Zeugenbeweis sei in dieser Streitsache überhaupt unzulässig, so z. B. im Rechtsöffnungsverfahren (Art. 81 I und Art. 82 I SchKG) und bei der betreibungsrechtlichen Einstellungsklage (Art. 85 SchKG) [4]). Er kann ferner die Zeugnisfähigkeit bestreiten, ferner die Glaubwürdigkeit eines Zeugen unter Anführung von Tatsachen, aus welchen dessen Unglaubwürdigkeit hervorgeht.

[1]) Fakultative Schriftlichkeit: Nach § 121 ist der Gerichtspräsident befugt, die Anbringen der Parteien in Schrift einzuverlangen, vgl. VJS VIII Nr. 33

[2]) VJS 1904 Nr. 39; Keller-Pfisterer, N 6 zu § 145, S. 194

[3]) Planck, III / 1, S. 58

[4]) Blumenstein, Hdb. d. Schuldbetreibungsrechtes, S. 283, 294, 313

Die vom Beklagten zu seiner Verteidigung angerufenen Zeugen sind — abgesehen von den bereits genannten, welche den Unwert eines klägerischen Zeugen betreffen — solche, welche die Unrichtigkeit der vom Kläger angeführten Tatsachen oder die Richtigkeit von Einreden dartun sollen.

Mit den Zeugen, welche die Unrichtigkeit klägerischer Behauptungen dartun sollen, führt der Beklagte den sog. Gegenbeweis, welchen § 143 III dem Gegner ausdrücklich gestattet. Sogar der alte gemeinrechtliche Satz: reprobatio reprobationis non datur (Gegenbeweis gegen einen Gegenbeweis ist unzulässig), kann keine Geltung mehr beanspruchen, da die Parteien, wie noch auszuführen ist, in Replik und Duplik unbeschränkt Noven, d. h. neue Tatsachen und Beweismittel, vorbringen können, somit auch zum Zwecke, Gegenbeweise der andern Partei durch weitere Gegenbeweise, die den Charakter neuer Hauptbeweise haben, zu entkräften [1]). Der Gegenbeweis darf aber nicht mehr durchgeführt werden, wenn dem Beweisführer der Beweis völlig mißlingt [2]).

Der Beklagte kann aber auch Widerklage erheben (§ 15). Eine solche ist nach der aarg. ZPO in der Regel unzulässig. Ausnahmsweise ist sie gemäß § 15 II ZPO gestattet in Ehetrennungs- und Ehescheidungsprozessen sowie in denjenigen Fällen, wo der Kläger seinen Wohnsitz außer der Eidgenossenschaft hat oder wo der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch im Zusammenhang steht. In Ermangelung weitergehender Bestimmungen sind auf die Widerklage die Vorschriften über die Klage sinngemäß anwendbar.

Ferner kann der Beklagte vor oder mit Erstattung der Antwort oder der Kläger vor oder mit Erstattung der Replik eine sog. «fristliche Einrede» (§ 114) anbringen. Der Ausdruck «fristliche Einrede», welcher der gemeinrechtlichen Theorie entnommen wurde, bezeichnet ein Verteidigungsmittel, mit welchem der Beklagte bei unheilbaren Mängeln (§ 114 lit. a und b) die Abweisung der Klage angebrachtermassen (absolutio ab instantia) und mit welchem der Beklagte oder der Kläger bei heilbaren Mängeln (§ 114 lit. c—e) für einmal die Befreiung von der Pflicht zur Einlassung auf die Klage oder zur Erstattung der Replik zu erreichen sucht. Heute werden diese «fristlichen» Einreden Prozeßeinreden oder prozeßhindernde Einreden genannt [3]). Die die Einrede erhebende Partei bietet dem

[1]) Keller-Pfisterer, N 9 zu § 143, S. 191

[2]) VJS 1909 No. 6

[3]) VJS 37 S. 111 Nr. 34; 39 S. 106 Nr. 36 und die Dissertation Schmid Walter, Die fristlichen Einreden im aarg. Zivilprozeßrecht, Affoltern 1940

Gericht zum Beweis der Richtigkeit ihrer Einrede die ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel an. Der Beweis kann selbstverständlich nebst den andern Beweismitteln auch durch Zeugen geführt werden.

Auf die Antwort des Beklagten folgen die Replik des Klägers und die Duplik des Beklagten, auf die Widerklageantwort des Klägers die Widerklagereplik des Beklagten und die Widerklageduplik des Klägers, die gleichfalls weitere Zeugenangebote enthalten können. Im appellabeln Verfahren sind alle diese Anbringen der Parteien schriftlich einzureichen (Abänd. Ges. § 5), im beschleunigten und einzelrichterlichen Verfahren sind sie in der Regel mündlich vorzutragen. Wenn aber durch neue tatsächliche Behauptungen und durch neue Beweismittel in diesen Anbringen die Erledigung des Rechtstreites verzögert wird [1]), ist gemäß §§ 124 und 134 die Partei, die nach dem freien Ermessen des Richters die Angriffs- und Verteidigungsmittel früher hätte geltend machen können, zur Tragung der Kosten zu verfällen, welche die Folgen der verzögerten Erledigung des Rechtsstreites sind. Hierüber soll im Endurteil entschieden werden.

Nach Erstattung der Duplik werden Nova nicht mehr zugelassen. Gemäß § 5 II Abänd. Ges. ist der Kläger aber noch berechtigt, zu den Neuerungen der Duplik innert einer angemessenen Frist eine Erklärung mit allfälligen Gegenbeweisanträgen einzureichen. Damit wurde eine schon bis 1941 bestehende Praxis positivrechtlich bestätigt [2]). Die Erklärung zu den Noven der Duplik darf aber nur Gegenbeweisanträge, nicht neue eigene Behauptungen mit Beweisanträgen enthalten, die schon in Klage und Replik hätten vorgebracht werden können [3]).

Damit hat die ZPO die dem kanonischen Recht entstammende Eventualmaxime in allerdings abgeschwächter Form übernommen, nach welcher alle prozeßualen Anbringen nur in dem für sie bestimmten Prozeßabschnitt vorgebracht werden können. Ihr Zweck ist, das Verfahren zu konzentrieren und zu verhindern, daß eine Partei die andere mit Blitzangriffen überrascht, deren Abwehr sie nicht vorbereiten könnte. Dieser Zweck wird mit der Eventualma-

[1]) Keller-Pfisterer, Die neue Zivilprozeßordnung für den Kanton Aargau, 2. Aufl. N 4 zu § 134, S. 192, gibt als Beispiel an, daß eine zweite Tagfahrt stattfinden muß unter Berufung auf § 132 II. Dieser Artikel ist jedoch absolut geworden, weil § 5 des AbGes. für das ganze Behauptungsverfahren den Schriftenwechsel eingeführt hat. Das Beispiel kann daher nur noch für das Verfahren vor Einzelrichter gelten

[2]) Vgl. KSSlg. S. 95

[3]) Botsch. des Reg.rates zur 1. Lesung, Seite 22

xime in abgeschwächter Form, der Praeklusionsmaxime, erreicht: Ausschluß sämtlicher Noven, d. h. neuer tatsächlicher Behauptungen und Beweismittel nach Abschluß des Behauptungsverfahrens.

Mit dem Abschluß des Schriftenwechsels ist die Beweisantretung vollendet. Weitere Beweisangebote sind weder in der Beweisverhandlung erster Instanz noch in der Appellations- und Beschwerdeinstanz zulässig [1]). Keinen Verstoß gegen das Novenverbot bedeutet es jedoch, wenn das Obergericht erstinstanzliche Beweisaufnahmen wiederholt. Die wiederholte unmittelbare Beweisaufnahme sollte von der Appellations- und Beschwerdeinstanz in all' den Fällen angeordnet werden, wo die Glaubwürdigkeit von Zeugen zweifelhaft ist. Die Zulässigkeit einer wiederholten Beweisaufnahme vor Obergericht geht aus § 332 ZPO hervor und erscheint als eine Konsequenz des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung [2]). Entdeckt eine Partei erst nach Abschluß des Behauptungsverfahrens neue Tatsachen und Beweismittel, steht ihr nur mehr der Weg der Wiederherstellung gemäß § 349 ff. ZPO offen. Im Interesse der Prozeßökonomie und der materiellen Wahrheit wäre es allerdings richtiger, bis zum Endurteil und im Appellations- und Beschwerdeverfahren neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zuzulassen, wenn die Partei genügende Entschuldigungsgründe für die nachträgliche Geltendmachung anzubringen vermag [3]).

Neben die Verhandlungsmaxime tritt in bestimmten Fällen die Offizialmaxime. So bestimmt das aarg. Einf. Ges. zum ZGB: Bei Begehren auf gerichtliche Feststellung des Lebens oder Todes einer verschwundenen Person (Art. 34 und 49 II ZGB) hat der Richter «die zur Begründung des Begehrens angeführten Umstände von Amtes wegen zu untersuchen» (§ 26 III).

Bei ehelichen Streitigkeiten «soll der Richter Tatumstände, die ihm maßgebend erscheinen, nötigenfalls von Amtes wegen untersuchen» (§ 40). Die Praxis legt diese Vorschrift in Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozessen so aus, daß die Offizialmaxime gegenüber der Ehe nicht auflösend, sondern schützend wirken soll [4]). Zur Begründung eines Scheidebegehrens hat jedoch die Klagpartei die Tatsachen und Beweismittel nach wie vor nach den Regeln der Verhandlungsmaxime vorzubringen [5]). Die Offizialmaxime besteht hier gemäß Art. 158 Ziff. 1 ZGB bloß darin, daß der Richter die klagebegründenden Tatsachen, auch wenn sie von der beklagten Partei

[1]) Novenverbot in der Appellationsinstanz VJS 1904 S. 163; 1908 S. 75
[2]) Keller-Pfisterer, § 3 N 4 in fine S. 11
[3]) So z. B. Bern Art. 93 und 347 ZPO
[4]) VJS 1927, N 2, S. 10
[5]) VJS 1927, S. 9 N 2; 38 S. 2 Nr. 2 und S. 109 Nr. 33

anerkannt sind, entgegen den Folgerungen der Verhandlungsmaxime, doch nicht als bewiesen ansehen darf. Er hat sich trotzdem vom Vorhandensein dieser behaupteten und zugestandenen Tatsachen selbst zu überzeugen [1]). Bezüglich der Nebenfolgen, insbesondere der güterrechtlichen Auseinandersetzung gilt überhaupt das Verhandlungsprinzip [2]), hingegen bezüglich der Wartefrist wieder die Offizialmaxime [3]).

Ueber das Begehren um gerichtliche Ehelicherklärung macht der Richter «von Amtes wegen die nötigen Erhebungen zur Feststellung der gesetzlichen Voraussetzung», ZGB 260 I, Einf. Ges. 47 II.

Im Verfahren über Entzug und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (ZGB 285 und 287) trifft das Gericht von Amtes wegen die erforderlichen Maßnahmen, um die Gründe zum Entzug oder dessen Aufhebung festzustellen (§ 52 IV Einf. Ges. z. ZGB).

Im Vaterschaftsprozeß (ZGB 307 ff.) «soll der Richter Tatbestände, die ihm maßgebend erscheinen, nötigenfalls von Amtes wegen untersuchen» (Einf. Ges. § 54). Die Praxis des Obergerichts hat dazu erklärt, daß diese Bestimmung des aarg. Einführungsgesetzes z. ZGB für den gewöhnlichen Vaterschaftsprozeß, der nicht auf Zuspruch mit Standesfolge geht, nicht Geltung habe. Der § 54 des Einf. Ges. dürfe jedenfalls nicht dazu dienen, die Stellung der außerehelichen Mutter und des Kindes zu erschweren [4]).

Ferner tritt die Offizialmaxime neben die Verhandlungsmaxime im Verfahren vor dem aarg. Versicherungsgericht in dem Sinne, daß die entscheidenden Tatbestände auch von Amtes wegen festgestellt werden können [5]) Das Offizialprinzip wurde im Hinblick auf den öffentlichrechtlichen Charakter der Sozialversicherung aufgenommen, in Anlehnung an eine analoge Bestimmung (Art. 136 und 138) im BBeschl. betr. die Organisation und das Verfahren des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 28. März 1917 (AS 33 S. 517). Dort wird in Art. 136 der Berufungsrichter ausdrücklich ermächtigt, selbst ohne Parteianträge neue Tatsachen zu berücksichtigen [6]).

[1]) VJS 1927 S. 10 N 2

[2]) VJS 1938 S. 2 Nr. 2, Erw. 1; 41 S. 10 Nr. 3 Erw. C, b

[3]) VJS 1941 S. 89 Nr. 30; vgl. auch BGE 38 II 61

[4]) VJS 1933 S. 139 Nr. 54; 35 S. 53 Nr. 17, Erw. 1

[5]) § 9 Ziff. 3 der großrätlichen Verordnung betr. den Vollzug des KUVG vom 30. März 1915; VJS 18 S. 160 Nr. 48; VJS 35, S. 62, Nr. 20

[6]) VJS 35 S. 62, Nr. 20

2. Die Beweisanordnung

Gemäß § 136, 144 und 145 erläßt das Gericht nach Beendigung des Behauptungsverfahrens die nötigen Beweisbeschlüsse. Der Beweisbeschluß bestimmt, welche Tatsachen zu beweisen sind, wer sie zu beweisen hat und wie der Beweis zu erbringen ist. Er ist — nicht wie das Beweisinterlokut des alten Prozesses (§§ 119 ff.) — ein Urteil, sondern eine sog. prozeßleitende Verfügung, die das Gericht nicht bindet, sondern nach Bedürfnis der Abänderung durch weitere Beweisbeschlüsse unterliegt [1]).

§ 144 spricht darum auch in der Mehrzahl von Beweisbeschlüssen, weil der erste Beweisbeschluß nach Abschluß des Behauptungsverfahrens nicht notwendig das gesamte erhebliche Beweismaterial umfassen muß, wenn dies auch im Interesse der Konzentration erstrebens- und wünschenswert ist. Es kann Prozesse geben, in denen zunächst in einem ersten Beweisbeschluß bloß die Zeugeneinvernahme und die Parteibefragung angeordnet wird und das Gericht nach durchgeführter Beweisverhandlung einen zweiten Beweisbeschluß ergehen läßt, in welchem es die Anordnung einer Expertise verfügt.

Ein Beweisbeschluß ist nur dann zu erlassen, wenn die Beweiserhebung ein besonderes Verfahren erfordert (§ 144 I), d. h. wenn nach Abschluß des Behauptungsverfahrens noch wesentliche Punkte streitig sind [2]). Er ist den Parteien schriftlich zuzustellen (§ 144 I). Nur dort, wo eine Beweisführung überhaupt nicht mehr erforderlich ist, weil keine wesentlichen Tatsachen mehr streitig sind, schreitet das Gericht nach Abschluß des Rechtsschriftenwechsels oder der mündlichen Verhandlung sofort zur Urteilsfällung.

Materiell setzt also der Beweisbeschluß voraus, daß noch beweisbedürftige Tatsachen vorhanden sind und daß die Parteien über diese Tatsachen genügende Beweise angeboten haben. Hat sich eine Partei über erhebliche tatsächliche Anbringen des Gegners nicht genügend ausgesprochen, soll das Gericht sie dazu veranlassen (§ 135), nicht aber, wenn eine Partei keine oder ungenügende Beweise angeboten hat. Hingegen gehören dazu die erforderlichen Angaben, um dem Gericht die Herbeischaffung der angebotenen Beweismittel zu ermöglichen z. B. die Angabe des Wohnortes des Zeugen.

§ 145 verlangt für den Beweisbeschluß einen bestimmten Inhalt, und zwar die Bezeichnung des Beweisführers, des Beweisthemas («der zu beweisenden Tatsachen») und der Beweismittel, «wobei die Zeugen mit Namen anzuführen sind». Dagegen wird keine Be-

[1]) VJS IV Nr. 105: Keller-Pfisterer, N 2 zu § 144, S. 192
[2]) Keller-Pfisterer, N 1 zu § 144, S. 192

gründung des Beweisbeschlusses verlangt, was eine solche nicht ausschließt. Im Endurteil müssen aber die Motive, die zum Beweisbeschluß geführt haben, angegeben werden [1]). Im Beweisbeschluß entscheidet der Richter nicht über die Beweislast, er läßt nur die von beiden Parteien für und gegen die beidseitigen Behauptungen vorgebrachten Beweismittel zu [2]).

Parteianträge auf Aenderung des Beweisbeschlusses sind unzulässig. Doch kann das Gericht aus eigenem Antrieb von seinem Beweisbeschluß abgehen oder ihn abändern, wozu Parteianregungen möglich und zulässig sind. Rechtsmittel gegen Beweisbeschlüsse sind unzulässig (§ 144 II). Nur dann, wenn das Endurteil weitergezogen wird, können vor zweiter Instanz auch die erstinstanzlichen Beweisbeschlüsse angefochten werden (§§ 144 III, 320). In diesem Fall kann in der Appellations- oder Beschwerdeinstanz z. B. geltendgemacht werden, daß relevante Tatsachen vom erstinstanzlichen Richter nicht dem Beweise unterstellt oder daß über unerhebliche Tatsachen der Beweis durchgeführt worden sei, ferner, daß ohne Grund nicht alle beantragten Beweise erhoben worden seien. Das Obergericht nimmt dann die Beweisaufnahme entweder selber vor oder läßt sie durch eine Abordnung aus seiner Mitte oder durch das Bezirksgericht oder dessen Abordnung vornehmen (§ 332). Hingegen hat die ZPO dem Obergericht nicht ausdrücklich das Recht zuerkannt, untergerichtliche Beweisaufnahmen, namentlich Zeugenverhöre, zu wiederholen. Das Obergericht nimmt jedoch dieses Recht für sich in Anspruch, namentlich dann, wenn die Glaubwürdigkeit von Zeugen und Parteien bestritten ist. Keller [3]) ist der richtigen Ansicht, daß dieses Recht der Wiederholung erstinstanzlicher Beweisaufnahmen durch das Obergericht eine Konsequenz des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung sei und sich auch aus § 332 ableiten lasse.

3. Die Beweisaufnahme

A. ALLGEMEINES

Auf den Beweisbeschluß folgt die Beweisaufnahme, d. h. die Durchführung der im Beweisbeschluß zugelassenen Beweise. Nach dem im § 1 ZPO verankerten Grundsatz des Parteibetriebes dürfte die Beweisaufnahme nicht von Amtes wegen, sondern nur auf An-

[1]) VJS V N. 64

[2]) Keller-Pfisterer, N 2 zu § 144, S. 192

[3]) Keller-Pfisterer, N 4 in fine zu § 3; Seite 11; N 3 zu § 332, Seite 337

trieb der Parteien erfolgen. Darüber hinaus schreibt § 182 für den Zeugenbeweis noch ausdrücklich vor, daß der Beweisführer beim Gerichtspräsidenten die Vorladung der Zeugen schriftlich zu verlangen oder deren Einvernahme durch den zuständigen auswärtigen Richter schriftlich zu beantragen habe. Allein, die Praxis hat sich über die Vorschrift, daß eine Beweisaufnahme ohne Parteiantrag nicht vorgenommen werden dürfe, hinweggesetzt [1]). Die Beweisaufnahme erfolgt immer ohne Parteiantrag durch den Richter von Amtes wegen. Die Zeugen werden von Amtes wegen durch den Gerichtspräsidenten zur Beweisverhandlung vorgeladen. Die Prozeßleitung lädt nur die im Beweisbeschluß aufgeführten Zeugen vor. Verlangen die Parteien die Vorladung und Einvernahme von Zeugen, die sie im Verlaufe des Behauptungsverfahrens angerufen haben, die jedoch nicht im Beweisbeschluß aufgeführt sind, hat das Gericht darüber nach freiem Ermessen zu entscheiden. Solche Begehren der Parteien bedeuten lediglich eine Anregung, welcher der Richter Folge leisten kann, aber nicht muß. Hingegen darf der Richter dem Verlangen einer Partei auf Einvernahme von Zeugen, die im Behauptungsstadium nicht angerufen worden sind, zufolge des Novenverbotes nicht entsprechen. Eine Ausnahme gilt lediglich für jene bereits erwähnten Prozesse, in welchen die Offizialmaxime neben die Verhandlungsmaxime tritt.

Die Prozeßleitung lädt die im Kanton Aargau und in der Regel auch die in einem andern Kanton wohnenden Zeugen zur Einvernahme vor. Da aber die Erscheinungspflicht nur für Kantonseinwohner vorgeschrieben werden kann, wird, falls der Zeuge sich weigert, vor dem Prozeßrichter zu erscheinen, der Richter seines Wohnsitzes um Einvernahme ersucht und das Einvernahmeprotokoll zu den Akten gebracht (§§ 186, 187).

Inhaltlich hat eine Vorladung gemäß § 83 zu enthalten:

a) die genaue Bezeichnung der Parteien,
b) die Benennung des Streitgegenstandes,
c) die Anzeige der Prozeßhandlung, zu der vorgeladen wird (in unserem Falle: zur Zeugeneinvernahme),
d) die Bestimmung von Ort und Zeit der Verhandlung,
e) die Androhung von Säumnisfolgen,
f) die Unterschrift des Gerichtspräsidenten.

Die Vorladung soll, wenn für einzelne Fälle nichts anderes vorgeschrieben ist oder nicht wegen Dringlichkeit der Sache anderes geboten erscheint, wenigstens 8 Tage vor der Verhandlung zugestellt werden (§ 84).

[1]) Vgl. Keller-Pfisterer, N 1 zu § 182, S. 224

Gemäß § 102 haben Vorladungen und Zustellungen an Parteien, die in der Schweiz wohnen, durch die Post zu erfolgen. Da für die Zeugenvorladung keine besondere Vorschrift dieser Art besteht, ist § 102 analog anzuwenden. Allein für richterliche Zustellungen und Vorladungen außerhalb des Kantons kann nicht die aarg. Prozeßordnung die Art der Zustellung bestimmen. Sie richtet sich nach der Prozeßordnung des Wohnsitzes des Adressaten. Um Zustellung im Auslande soll analog § 102, der sich auf Parteien bezieht, die zuständige Behörde des fremden Staates um Vermittlung ersucht werden. Ebenso wird gemäß § 188 um die Einvernahme von Zeugen, die im Ausland wohnen, das zuständige ausländische Gericht ersucht und das Einvernahmeprotokoll zu den Akten gebracht.

Wie bereits im IV. Kapitel erwähnt wurde, ist gemäß § 189 in der Vorladung an Zeugen der Gegenstand zu bezeichnen, über den der Zeuge einvernommen werden soll («Beweisgegenstand», vgl. Marginale zu § 189). Eine allgemeine Bezeichnung wird in der Regel genügen [1]). Schon im Interesse der Wahrung der Unbefangenheit des Zeugen soll die Mitteilung keine Détails enthalten, ausgenommen in Fällen, in denen der Zeuge möglicherweise ohne vorherige Orientierung aus Büchern oder auf andere Weise keine ergiebige Aussage machen könnte.

Die Nichtbeachtung dieser Ordnungsvorschrift entbindet den Zeugen nicht von der Erscheinungspflicht. Auch hindert die Angabe des Gegenstandes der Befragung den Richter nicht, über ihren Rahmen hinaus Fragen zu stellen. Daß die Vorladung den Zeugen auf die gesetzlichen Folgen seines Ausbleibens aufmerksam machen soll (§ 189), wurde bereits dargetan (III. 3 hievor). Erst die ordnungsmässige Ladung durch die zuständige Behörde begründet die Zeugnispflicht [2]).

Auf die Vorladung erfolgt die Beweisaufnahme durch das Gericht an der sog. Beweisverhandlung. Sie ist jene Tätigkeit, durch welche die in den Beweismitteln enthaltenen oder von diesen dargebotenen Beweisgründe zutage gefördert und gesammelt werden [3]). Sie ist in erster Linie gerichtliche Tätigkeit, schließt aber die Mitwirkung der Parteien nicht aus, die allerdings nur ergänzenden Charakter hat und am Wesen der Beweisaufnahme als einer gerichtlichen Tätigkeit nichts ändert. Von der Art und Weise, wie die Beweise aufgenommen werden, hängt in hohem Masse die Beweiswürdigung ab. Dazu dienen, wie bei der Tatsachenfeststellung, zwei Wege: die eigene und die fremde Wahrnehmung, d. h. der Beweis

[1]) Vgl. Art. 251 bern. ZPO: «summarisch mitgeteilt»
[2]) Löwe, N 1 zu § 50 deutsche StPO; Neumann, S. 3
[3]) Schrutka, S. 204

kann entweder vom urteilenden Gericht selbst oder durch eine Delegation des Gerichts aufgenommen werden.

Die volle Entfaltung der freien Beweiswürdigung (§ 147) ist mit der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme eng verknüpft. Die Beweisaufnahme soll sich möglichst vor dem erkennenden Gericht selbst abwickeln, nicht vor einer Abordnung aus diesem oder vor einem fremden Richter. Der urteilende Richter soll seine Ueberzeugung auf Grund eigener Wahrnehmung und Anschauung und nicht bloß aus den Akten bilden. Nirgends spielt die unmittelbare Beweisaufnahme eine größere Rolle als gerade beim Zeugenbeweis. Wie will der Richter gerade die Momente, die für die freie Beweiswürdigung von größter Wichtigkeit sind, nach den Protokollen beurteilen können: das Benehmen, den Charakter, die Intelligenz, die Reaktionen des Zeugen! Mit Recht bestimmt daher § 137 II: «Die Beweisaufnahme findet vor dem Gerichte statt; ausnahmsweise kann dieses jedoch mit Zustimmung der Parteien damit den Gerichtspräsidenten mit dem Protokollführer beauftragen» (sog. kommissarische Einvernahme). Die ZPO sieht ferner vom Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme ab, wenn — wie bereits früher dargetan wurde — ein außerkantonaler Zeuge sich weigert, vor dem aarg. Richter zu erscheinen, ferner, wenn er weit entfernt wohnt und seine Einvernahme vor dem aarg. Richter mit großen Kosten verbunden wäre (§ 187 II). In diesen Fällen nimmt der aarg. Richter zur rogatorischen Einvernahme Zuflucht: Der Richter des Wohnortes des Zeugen wird um dessen Einvernahme ersucht und das Einvernahmeprotokoll zu den Akten gebracht (§ 187 II). Schließlich werden Zeugen, «die wegen Krankheit oder aus andern Gründen» (Gebrechlichkeit, Invalidität, Altersschwäche) nicht vor dem Richter erscheinen können, in ihrer Wohnung einvernommen, und zwar durch das Gesamtgericht oder (kommissarisch) durch eine Abordnung aus seiner Mitte unter Mitwirkung des Protokollführers (§ 193).

B) DIE EINVERNAHME

Die Einvernahme des Zeugen erfolgt nach § 194 «öffentlich, jedoch dürfen die Personen, welche in der gleichen Sache auch noch Zeugnis abzulegen haben, nicht anwesend sein». Natürlich schließt diese Vorschrift nicht aus, daß in bestimmten Streitigkeiten, wie Ehestreitigkeiten, Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern die Oeffentlichkeit auf die sogen. Parteiöffentlichkeit beschränkt werden kann (§ 4 ZPO). Der Austritt der noch zu befragenden Zeugen soll ihre Beeinflussung durch vorhergehende Fragen verhindern. Der Gerichtsvorsitzende hat nun, nachdem er die Zeugen aufgerufen und sie aufgefordert hat, sich in Austritt zu begeben, einen Zeugen nach dem andern hineinrufen zu lassen und ihn in Abwesenheit

der andern zu vernehmen. Es wäre sehr zu wünschen, daß der verhörte Zeuge sich wieder in Austritt begäbe, da sonst eine allfällige Konfrontation ihren vollen Zweck nicht erreichen könnte. Leider geschieht dies bei den aargauischen Gerichten höchst selten.

Oertlich erfolgt die Einvernahme des Zeugen vor dem Richter in seinem ordentlichen Verhandlungslokale oder am Ort des Streitgegenstandes in Verbindung mit einem richterlichen Augenschein (§ 192). Die Ausnahmen bei rogatorischen Einvernahmen und in Fällen, in denen Zeugen nicht vor Gericht erscheinen können, wurden bereits erwähnt.

Ueber die Reihenfolge der an den Zeugen zu stellenden Fragen bestimmt das Kreisschreiben des Obergerichts vom 21. Dezember 1939 [1]), daß zuerst die Wahrheitsermahnung unter Hinweis auf die Straffolgen des falschen Zeugnisses zu erfolgen habe. Dann sind die Personalfragen, hierauf die Generalfragen zu stellen und schließlich die Belehrung über die Zeugnisverweigerungsgründe zu erteilen.

Ueber die Ermahnung zur Wahrheit schreibt § 195 vor, der Richter habe die Zeugen «vor der Einvernahme an die Pflicht zur Aussage der vollen und reinen Wahrheit und an die auf die Widersetzlichkeit und falsche Zeugnisabgabe angedrohte Strafe zu erinnern». Die «volle» Wahrheit soll das Verschweigen von Tatsachen ausschliessen, die Forderung, die «reine» Wahrheit auszusagen, enthält die Mahnung an den Zeugen, nicht in leichtfertiger oder gar böswilliger Weise unwahre Aussagen zu machen oder Vorgänge, an die er sich nicht mehr genau erinnert, mit Ergänzungen aus seiner Phantasie zu vervollständigen.

Mit Recht verlangt Kitka [2]), daß die Ermahnung zur Wahrheit nicht formelhaft erfolge, daß es vielmehr der Klugheit des Richters zu überlassen sein soll, die Mahnung dem Stande, Charakter, der Denkart und Bildung des Zeugen anzupassen. Heusler [3]) bemerkt: «Ein Richter, vor dem man Respekt hat und der mit autoritativem Ernst die Ermahnung zur Wahrheit zu geben vermag, wird auf einen Zeugen mehr Eindruck machen als ein Richter, der wie eine Maschine die Eidesabnahme in aller Geschwindigkeit abtut und den Zeugen gar nicht zum Bewußtsein über den Ernst der Sache kommen läßt.» Da die ZPO den Eid nicht mehr kennt, kommt der Wahrheitsermahnung umso größere Bedeutung zu.

Die Personal- und Generalfragen wurden ihrem Inhalte nach bereits im IV. Kapitel behandelt. Dort wurde auch hervorgehoben,

[1]) VJS 1939 S. 140 Nr. 48
[2]) Kitka, S. 104
[3]) Heusler, Der Zivilprozeß der Schweiz, S. 120

daß die Stellung der Generalfragen fakultativ ist («erforderlichen Falls», § 197).

Die ZPO statuiert das Präsidialverhör, d. h. die Fragen sind durch den Gerichtsvorsitzenden an die Zeugen zu stellen. Den Parteien ist ein direktes Fragerecht versagt (§ 199 II). Den Gegensatz dazu bildet das Kreuzverhör, d. h. die direkte Fragestellung der Parteien an die Zeugen, wie es im aargauischen Schwurgerichtsverfahren noch üblich ist. Für die Erforschung der Wahrheit ist es vorteilhafter, wenn die Beweisaufnahme, insbesondere die Zeugeneinvernahme, in der Hand des unparteiischen Gerichtsvorsitzenden ruht. Das freie Kreuzverhör mit seinen Fang- und Suggestivfragen kann den Zeugen leicht verwirren und zu einem tumultuarischen Verfahren ausarten. Zudem wächst bei der unmittelbaren Befragung der Zeugen durch die Parteien die Gefahr unzulässiger Fragestellung.

Die auf die Vorfragen folgende Belehrung über die Zeugnisverweigerungsgründe (§§ 183, 184) darf im Sinne des genannten Kreisschreibens vom 21. Dezember 1939 [1]) nur dann abgekürzt werden, wenn zweifelsfrei feststeht, daß einzelne Verweigerungsgründe gar nicht in Betracht kommen. Das wird aber, wie das erwähnte Kreisschreiben betont, bezüglich des in § 183 lit. a genannten Verweigerungsgrundes praktisch nie der Fall sein, «da der Richter regelmässig nicht weiß, ob der Zeuge auf die gestellte Frage nicht eine Antwort geben muß, die ihm oder seinen Verwandten zu Schande gereicht». Dagegen werde die sorgfältige Feststellung der Personalien häufig ergeben, daß die berufliche Stellung und das Fehlen verwandtschaftlicher Beziehungen des Zeugen zu den Parteien die in § 183 lit. b–f genannten Verweigerungsgründe ausschließen. Das Kreisschreiben verlangt ferner, daß die Belehrung «so, wie sie tatsächlich stattgefunden hat», im Protokoll angemerkt werde. Es genüge, wenn z. B. protokolliert werde: «Der Zeuge wird über die Zeugnisverweigerungsgründe gemäß § 183 lit. a und d ZPO belehrt».

In der Sache selbst soll der Zeuge gemäß § 198 I «die Fragen des Richters aus dem Gedächtnisse ohne Ausflüchte und Zweideutigkeit, so viel als möglich in zusammenhängender Erzählung und mit Anführung der Gründe seines Wissens, beantworten». Durch diese Vorschrift wird die Einvernahme des Zeugen auf Grund von im voraus formulierten Fragen ausgeschlossen. Eine zusammenhängende Erzählung ist nämlich viel geeigneter, die Wahrheit an den Tag zu bringen. Abgehackte Fragen, zu viele Unterbrechungen durch Zwischenfragen wirken schädlich und verwirrend. Mancher Zeuge getraut sich, auf Einzelfragen bestimmter zu antworten, als seinem

[1]) VJS 1939 S. 140 Nr. 48

Erinnerungsvermögen entspricht. Ferner wird der Zeuge nur dann eine solche zusammenhängende Erzählung vortragen, wenn er sich unbefangen fühlt. Die Besorgnis vor Abschweifungen des Zeugen vom Beweisthema darf nicht zu groß sein, da sehr oft nicht unmittelbar zur Sache gehörende Aussagen des Zeugen wichtige Anhaltspunkte bedeuten können. Auch lassen sich an eine zusammenhängende Erzählung am besten die Ergänzungs- und Erläuterungsfragen gemäß § 199 ZPO anknüpfen. Die Unterlassung des Richters, den Zeugen zu einer zusammenhängenden Erzählung über seine Wahrnehmungen zu veranlassen, kann nicht als Verletzung einer bloßen Ordnungsvorschrift angesehen werden, da sonst die Gefahr bestände, daß der Richter von Anfang an den Zeugen durch bestimmte Fragestellung zu beeinflussen suchte [1]). Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift durch den Richter müßte u. E. im Appellations- oder Beschwerdefalle zur Aufhebung des Urteils durch das Obergericht führen.

Ferner verlangt § 198 I, daß der Zeuge die Fragen des Richters «aus dem Gedächtnisse», ohne Zuhilfenahme schriftlicher Notizen beantworte. Das schließt aber nicht aus, daß es Fälle geben kann, in denen der Zeuge zur Zeit der Wahrnehmung Notizen über Zahlen, Daten usw. gemacht hat, um im Falle einer Einvernahme mit Sicherheit und Genauigkeit über Einzelheiten aussagen zu können, die sonst nicht im Gedächtnis haften geblieben wären. Der Richter wird nicht auf solche Einzelheiten, die unter Umständen sehr wichtig sein können, verzichten wollen und können nur aus dem Grunde, weil sie der Zeuge nicht direkt aus dem Gedächtnis geschöpft hat. Der Richter hat es in der Hand, die Zuverlässigkeit solcher Aussagen nach freiem Ermessen zu würdigen. Gegebenenfalls wird er sich die Notizen vorlegen lassen, um sie direkt auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen zu können.

Sodann soll die Aussage gemäß § 198 I «ohne Ausflüchte und Zweideutigkeit» abgelegt werden. Dazu ergänzt § 198 II: «Nimmt der Richter in den Antworten des Zeugen Widersprüche wahr, so macht er ihn darauf aufmerksam und fordert ihn auf, dieselben zu lösen». Das Verhindern von Ausflüchten, das Klarlegen von Zweideutigkeiten und die Lösung von Widersprüchen erfordern vom Gerichtsvorsitzenden großes psychologisches Geschick, genaue Kenntnis der Akten und geistige Beweglichkeit. Die Parteien, die an der Klarstellung des Tatbestandes höchst interessiert sind, werden ihm dabei durch Erläuterungs- und Ergänzungsfragen behilflich sein. Unter den Widersprüchen in den Antworten des Zeugen sind sowohl solche mit seinen eigenen Aussagen als auch mit denjenigen

[1]) Suter, 111; Löwe, N 3 zu § 69 deutsche StPO

anderer Zeugen gemeint. Im letzteren Fall wird der Richter die Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, am besten konfrontieren.

Der Zeuge hat ferner die Gründe seines Wissens anzuführen (§ 198 I). Er soll dem Richter Auskunft darüber geben, wie und allenfalls von wem er die bekundete Tatsache erfahren hat, ob sich seine Aussage auf eigene Sinneswahrnehmung oder auf das Hören von Aussagen von Drittpersonen gründet.

Ueber die Vernehmungstechnik [1]) allgemein gültige Regeln aufzustellen ist sehr schwierig. Hier mag darauf hingewiesen werden, daß die richterlichen Fragen kurz, deutlich und bestimmt sein und nach Möglichkeit nur je einen einzigen Streitpunkt umfassen sollten. Der Richter soll seine Fragen nicht ausschließlich auf den sog. springenden Punkt einengen, um das für die Entscheidung Wesentliche nicht aus dem Zusammenhang zu reißen und wichtige Nebenpunkte zu vernachlässigen.

Mit Recht äußert sich die ZPO nicht über Suggestivfragen, da schon das Prinzip der freien Beweiswürdigung einläßlichen Vorschriften über die Art und Weise der richterlichen Befragung entgegensteht. Die Zulässigkeit von Suggestivfragen kann nicht schlechtweg verneint werden. Wo sie zur Auffrischung des Gedächtnisses und zur Aufhellung von Widersprüchen dienen, sind sie wohl nicht absolut zu verneinen. Immerhin ist dabei größte Vorsicht am Platz, da Suggestivfragen in manchen Fällen gerade eine Verfälschung der Erinnerung des Zeugen an seine Wahrnehmungen zur Folge haben können.

Nach erfolgter Einvernahme eines Zeugen soll der Protokollführer die zu Protokoll gebrachten Aussagen verlesen (§ 199 I). Diese Verlesung muß im Verhandlungsprotokoll vermerkt werden. Nichtverlesen des Protokolls hat nach obergerichtlicher Praxis zur Folge, daß der Zeuge wegen falscher Aussage strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann [2]). Nach dem Verlesen des Protokolls hat sich der Zeuge über dessen Richtigkeit auszusprechen. Berichtigungen der Aussage sind während der ganzen Einvernahme bis nach dem Verlesen des Protokolls zu berücksichtigen. Mit dem Verlesen des Protokolls und mit der Erklärung des Zeugen, daß es richtig sei, ist die Abhörung beendet und bei falscher Zeugenaussage das Delikt vollendet [3]).

[1]) Ueber die Vernehmungstechnik vide Levin, Prozeßleitung 180 ff.; Hellwig, Psychologie und Vernehmungstechnik S. 260 ff.

[2]) Kreisschr. v. 9. Sept. 1904, S. 86 und VJS 1906 No. 72

[3]) Thormann-Overbeck, Komm. N 8 zu Art. 307 StGB, S. 440

Nach dem Präsidialverhör steht sowohl den Mitgliedern des Gerichts als auch den Parteien das Recht zu, an den Zeugen durch den Gerichtspräsidenten Erläuterungs- und Ergänzungsfragen zu stellen (§ 199 II). Wird die Zulässigkeit einzelner Fragen bestritten, entscheidet darüber das Gesamtgericht [1]). Den Parteien steht ausdrücklich das Recht zu, sämtlichen Beweisaufnahmen, auch den kommissarischen und rogatorischen, beizuwohnen (§ 146 I). Keine Beweisaufnahme darf stattfinden, ohne daß die Parteien hiezu gehörig vorgeladen worden sind. In einem Falle wurde dem Kläger mit Rücksicht auf die Wahrung des Fabrikationsgeheimnisses nicht gestattet, bei der Einvernahme eines Zeugen anwesend zu sein. Das Bundesgericht hat es jedoch als zweifelhaft angesehen, ob man aus den Bestimmungen über die Wahrung des Geschäftsgeheimnisses auch die Zulässigkeit eines geheimen Beweisverfahrens ableiten dürfe [2]).

Bestehen nach der Einvernahme sämtlicher Zeugen noch Unklarheiten oder Widersprüche in ihren Aussagen, kann das Gericht von Amtes wegen oder auf Parteiantrag hin die wiederholte Einvernahme eines oder mehrerer Zeugen oder die Gegenüberstellung (Konfrontation) der sich widersprechenden Zeugen anordnen (§ 200).

Die Zeugnispflicht endigt für den einzelnen Zeugen erst mit der ausdrücklichen Entlassung durch den Richter. § 200 spricht, wie oben erwähnt wurde, von der Konfrontation. Der Ausdruck «kann» im § 200 weist darauf hin, daß der Gesetzgeber in psychologisch richtiger Erkenntnis sich keine Illusionen über den Wert der Konfrontation gemacht hat. Der Widerspruch ist oft nur scheinbar. Es mag auch vorkommen, daß der eine Zeuge nur die eine Seite einer Begebenheit berichtet, der zweite nur die andere. Oft führt die Konfrontation zu widerwärtigen Szenen, die nicht gerade der Wahrheitserforschung und der Reproduktivkraft der Zeugen förderlich sind [3]).

Der Verzicht einer Partei auf die Einvernahme eines von ihr angerufenen Zeugen hat gemäß § 201 nicht etwa zur Folge, daß das Gericht diesen Zeugen nicht mehr einvernehmen darf. Sofern die Gegenpartei dessen Einvernahme verlangt, hat das Gericht diesem Begehren zu willfahren. § 201 ist ein Ausfluß des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel.

[1]) Keller-Pfisterer, N 3 zu § 199
[2]) VJS 1907 Nr. 22
[3]) Lewin, S. 195

4. Die Beweiserörterung

Unter Beweiserörterung versteht man die Würdigung der Resultate der Beweisaufnahmen durch die Parteien. Eine solche kannte die ZPO bis zum Erlaß des Ergänzungsgesetzes von 1941 nur beim Expertenbeweis. Die Beweiserörterung ist aber unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung wünschenswert [1]) und wurde von den Parteien öfters am Schluß der Beweisverhandlung angebracht.

Das Abänderungsgesetz von 1941 bestimmt nun in § 8, daß die Parteien in den Fällen, in denen ein Beweisverfahren stattgefunden hat, berechtigt sind, am Schluß des Beweisverfahrens Rechtserörterungen in Verbindung mit einer Beweiswürdigung anzubringen. So werden beispielsweise die Parteien die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit der Zeugen dem Gericht darlegen.

Die Beweiserörterung des § 8 des Erg.Ges. z. ZPO ist in erster Linie für das appellable und beschleunigte Verfahren gedacht, schließt aber eine Beweiswürdigung vor dem Einzelrichter nicht aus. Analog dazu wird auch eine Beweiserörterung vor der Appellations- und Beschwerdeinstanz zulässig sein, sofern das Obergericht oder eine Abordnung aus seiner Mitte die Beweisaufnahme des erstinstanzlichen Gerichts ergänzt oder wiederholt (§§ 332 und 343).

[1]) Keller-Pfisterer, a a. O. 2. Aufl. N 1 zum Titel «Beweisverfahren», S. 199 unten und S. 200 oben

VI. Der Zeugenbeweis außerhalb des ordentlichen Verfahrens

1. Als vorsorgliche Beweisaufnahme

Die vorsorgliche Beweisaufnahme bezweckt die Sicherung des Beweises bei Gefahr des Verlustes oder der Erschwerung des Gebrauchs eines Beweismittels. Sie kann vor Beginn oder auch im Verlaufe des Prozesses verlangt werden (§ 233) [1]). Die Gefahr muß glaubwürdig bescheinigt werden (§ 233 I). Diese Bescheinigung muß nicht den strikten Nachweis der Gefahr erbringen. Wahrscheinlichmachung genügt. So wäre beispielsweise die Gefahr durch eine schriftliche Erklärung eines zuverlässigen Zeugen, durch eine sog. Zeugnisurkunde [2]), glaubwürdig bescheinigt.

Eine vorsorgliche Einvernahme von Zeugen kann also gemäß § 233 nur dann verlangt werden, wenn durch den Aufschub der Beweisaufnahme das Beweismittel selbst verloren ginge oder dessen Gebrauch erschwert würde. Bei einem Zeugen wäre das der Fall, wenn sein Ableben bevorstände (Krankheit, Unfall) oder wenn er in ferne Länder verreisen wollte. Grund zu einer vorsorglichen Zeugeneinvernahme wäre auch dann vorhanden, wenn der einzuvernehmende Zeuge im Begriffe stände, sich mit der Gegenpartei zu verehelichen oder in ein Verwandtschaftsverhältnis zu treten, weil ihn die Ehe oder Verwandtschaft mit der Gegenpartei zur totalen Verweigerung des Zeugnisses berechtigt. Dagegen kann die vorsorgliche Einvernahme gemäß § 233 nicht verlangt werden, um die Aussichten eines bevorstehenden oder bereits hängigen Prozesses abzuklären [3]) oder um die Verjährung zu unterbrechen [4]).

Als Besonderheiten des Verfahrens bei der vorsorglichen Zeugeneinvernahme sind hervorzuheben:

Es gibt kein Behauptungsverfahren und somit auch keine Beweisantretung. Die Partei, die die in § 233 erwähnte Gefahr glaubwürdig zu bescheinigen vermag, kann unverzüglich ein Gesuch um vorsorgliche Einvernahme eines oder mehreren Zeugen über von

[1]) VJS 1905 Nr. 80

[2]) Keller-Pfisterer, N 1 zu § 233, S. 253

[3]) Was z. B. nach bernischem Zivilprozeß möglich wäre, Leuch (N 2 zu Art. 223)

[4]) BGE 17 314 E. 5

ihr anzuführende Tatsachen stellen, um das Ergebnis der Einvernahme eventuell in einem künftigen oder bereits hängigen Prozeß benützen zu können.

Das Gesuch kann in Fällen dringender Gefahr auch bei einem für die Hauptsache unzuständigen Gericht angebracht werden, nämlich beim Gericht desjenigen Bezirks, in welchem die einzuvernehmenden Zeugen sich aufhalten (forum testis, § 234 II).

Das Gesuch kann sogar gegen einen noch unbekannten Gegner gestellt werden, sofern der Gesuchsteller glaubhaft zu machen vermag, daß er ohne sein Verschulden außer Stande ist, die Gegenpartei zu bezeichnen (§ 239 I). In diesem Fall hat der Richter die Rechte der Gegenpartei von Amtes wegen zu wahren (§ 239 II).

Gegen das Gesuch kann der in ihm genannte Beweisgegner Einwendungen erheben, über welche der Richter im beschleunigten Verfahren entscheidet. Gegen den ablehnenden Entscheid steht dem Gesuchsteller das Rechtsmittel der Beschwerde zu (§ 235).

Bei besonderer Dringlichkeit kann dem Gesuch ohne Einvernahme der Gegenpartei entsprochen werden (§ 236 I). Auch die Beweisaufnahme selbst kann bei besonderer Dringlichkeit ohne Mitwirkung der Gegenpartei erfolgen (§ 238 III).

Das Ergebnis der Beweisaufnahme ist den Parteien schriftlich zuzustellen (§ 242 I).

In den Fällen dringender Gefahr darf die Einvernahme auch während der Gerichtsferien stattfinden (§ 244).

2. Im Befehlsverfahren

Das Befehlsverfahren (§§ 245—256) entspricht den vorsorglichen oder einstweiligen Verfügungen anderer kantonaler Prozeßgesetze und dient zur Sicherung gefährdeter Ansprüche auf eine individuelle Leistung, die nicht auf Geldzahlung oder Sicherstellung gerichtet sind [1]). Die Befehlsentscheide sind vollstreckbar (§ 255) und werden formell rechtskräftig, entbehren aber der materiellen Rechtskraft [2]).

Die Aehnlichkeit und Verschiedenheit von Befehlsverfahren und vorsorglicher Beweisaufnahme besteht darin, daß es sich bei beiden um eine Gefährdung handelt, bei der vorsorglichen Beweisaufnahme um eine Gefährdung von Beweismitteln, beim Befehlsverfahren um eine Gefährdung von Ansprüchen.

[1]) VJS 27 S. 70 Nr. 23; 29 S. 174 Nr. 73; 33 S. 141, Nr. 55
[2]) VJS 38, S. 90 Nr. 23

Eine Art Behauptungs- und Beweisantretungsstadium beginnt mit dem Befehlsbegehren, welches schriftlich oder mündlich unter Vorlage oder Benennung der Beweismittel beim Gerichtspräsidenten anzubringen ist, der eine schriftliche Begründung des Begehrens verlangen kann (§ 247). Der Antwort im ordentlichen Verfahren entsprechen hier die Einwendungen des Gesuchsgegners (§ 249), die Gegenbeweise enthalten dürfen. Aehnlich wie im Verfahren bei der vorsorglichen Beweisaufnahme kann auch hier schon auf das Begehren hin der Befehlsrichter sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei eine vorsorgliche Verfügung treffen (sog. superprovisorische Verfügung) und zwar dann, wenn die Dringlichkeit der Sache es erheischt und die Notwendigkeit der Verfügung durch Urkunden, Gutachten von Sachverständigen, Augenschein oder durch Erklärung eines glaubwürdigen Zeugen nachgewiesen ist (§ 248). Trotz des Wortlautes «nachgewiesen», wird nach der Praxis nicht ein strikter Beweis gefordert, sondern nur eine Glaubhaftmachung [1]). Die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Verfügung kann auch durch eine Zeugnisurkunde oder durch die mündliche Aussage eines Zeugen, den der Gesuchsteller vor den Befehlsrichter mitbringt, erfolgen. Doch dürfte der Gerichtspräsident nach Analogie von § 247 berechtigt sein, die schriftliche Fixierung solcher Zeugenerklärungen zu verlangen [2]).

Sofern die Gegenpartei Einwendungen gegen das Befehlsbegehren erhebt, lädt der Gerichtspräsident die Parteien zu mündlicher Verhandlung vor, an welcher Replik und Duplik erstattet werden. Alsdann erfolgt, sofern noch wesentliche Punkte streitig sind, das Beweisverfahren. Bei der Beweisaufnahme erfolgt die Einvernahme der Zeugen nach den gleichen Regeln wie im ordentlichen Verfahren.

[1]) VJS 1930 S. 66, Nr. 16

[2]) Keller-Pfisterer, N 2 zu § 248, S. 271

3. Im Verbotsverfahren

Störungen im Besitz, Gebrauch oder in der «rechtlichen Innehabung» unbeweglichen Eigentums oder von Grunddienstbarkeiten kann der Berechtigte durch ein richterliches Verbot untersagen lassen (§ 257). Das Verbotsverfahren (§§ 257–271) wird auf schriftliches Gesuch hin vom Gerichtspräsidenten durchgeführt (§ 258). Der Gesuchsteller muß sich als Eigentümer, Dienstbarkeitsberechtigter oder als «rechtlicher Inhaber» urkundlich ausweisen, und zwar sind die vorzulegenden Urkunden genau vorgeschrieben (§§ 259, 260). Der Beweis durch Zeugen ist für diesen Nachweis ausgeschlossen. Hingegen kann binnen 10 Tagen von der Zustellung oder Bekanntmachung des Verbotes an dagegen beim Gerichtspräsidenten schriftlich Recht vorgeschlagen werden, wenn durch «glaubwürdige Bescheinigung» nachgewiesen wird, daß das durch das Verbot geschützte Recht erloschen ist oder nicht in dem beanspruchten Umfang besteht oder wenn die in §§ 259 und 260 verlangten Urkunden nicht vorgelegt wurden (§ 266). Auch hier wird trotz des Wortlautes «nachgewiesen» nur eine Glaubhaftmachung, kein strikter **Beweis** verlangt. Die Bescheinigung kann nach der Praxis erst an der kontradiktorischen Verhandlung verurkundet werden [1]).

Diese kontradiktorische Verhandlung, für welche das summarische Verfahren vorgeschrieben ist, findet dann statt, wenn das Verbotsgesuch bestritten wird (§ 267 I) [2]). Zeugen können nur dann einvernommen werden, wenn sie die Parteien zur Verhandlung mitbringen, weil eine weitere Tagfahrt nicht stattfindet. Abgesehen davon sind im Verbotsverfahren nur Urkunden und schriftliche Zeugenerklärungen zulässig [3]).

4. Im beschleunigten Verfahren

Das beschleunigte Verfahren (313 ff) ist in allen Streitfällen, für welche es die Bundes- oder Kantonsgesetzgebung vorschreibt, anzuwenden. Das Verfahren wird ohne vorausgegangenen friedensrichterlichen Sühneversuch beim Gerichtspräsidenten schriftlich und begründet angebracht. Wie im ordentlichen Verfahren wird vorerst das Behauptungsverfahren durchgeführt, wobei jedoch die Antwort, Replik und Duplik und die Erklärung zu den Neuerungen der Du-

[1]) Keller-Pfisterer, N 3 zu § 266, S. 282 und VJS 1905 Nr. 82 sowie 1910 Nr. 13

[2]) VJS 1910 Nr. 13

[3]) Keller-Pfisterer, N 3 zu § 266, S. 282

plik mündlich vor Bezirksgericht erstattet werden. Tatsächliche Behauptungen dürfen wie im ordentlichen Verfahren nur bis zum Abschluß des Behauptungsverfahrens angebracht werden. Für das Beweisverfahren gelten die gleichen Vorschriften wie im ordentlichen Verfahren. Nur steht es im Ermessen des Gerichts, die Beweisaufnahme selbst vorzunehmen oder durch den Gerichtspräsidenten unter Mitwirkung des Protokollführers vornehmen zu lassen. (§ 315 II).

5. Im summarischen Verfahren

Das summarische Verfahren ist am besten als ein abgekürztes beschleunigtes Verfahren zu bezeichnen, für welches, soweit § 318, der einzige Artikel über das summarische Verfahren, nichts anderes vorschreibt, die Vorschriften über das beschleunigte Verfahren gelten (§ 318 I). Das Klagbegehren ist schriftlich, unter Beilage der Beweisurkunden, einzureichen (In der Praxis wird eine kurz begründete Klage eingereicht). Darauf folgt binnen fünf Tagen nach Eingang des Klagbegehrens die Verhandlung, an der Antwort, Replik und Duplik erstattet werden. Ein eigentliches Beweisverfahren findet im summarischen Verfahren im Gegensatz zum ordentlichen und beschleunigten nicht statt. Als Beweismittel kommen daher in erster Linie Urkunden in Betracht. Zeugen können nur einvernommen werden, wenn sie von den Parteien zur Verhandlung mitgebracht werden [1]), weil eine weitere Verhandlung, etwa eine Beweisverhandlung, nicht durchgeführt wird.

6. Im Provokationsverfahren

Die gerichtliche Aufforderung zur Klage, (§§ 272 ff.) ist ein in den neueren Prozeßordnungen selten gewordener Rechtsbehelf, um einen vermeintlichen Anspruchsberechtigten unter Androhung der Verwirkung seines Anspruches zur klageweisen Geltendmachung seiner Forderung zu veranlassen. Das Provokationsverfahren wird ohne vorausgehenden Sühneversuch durch die actio provocans eingeleitet, in welcher sämtliche Beweismittel anzuführen sind (§ 275). Bestreitet der Provokat die Aufforderung, so hat der Gerichtspräsident sofort eine Verhandlung anzuordnen. Ueber die Pflicht des Aufgeforderten zur Anhebung der «actio provocata» entscheidet das Gericht nach Anhörung der Parteien im beschleunigten Verfahren (§ 277). Eine allfällige Beweisverhandlung mit Zeugenvernehmung wird also nach den Vorschriften des ordentlichen Verfahrens durchgeführt (§ 317), wobei auch hier das Bezirksgericht nach freiem Er-

[1]) Keller-Pfisterer, N 3 zu § 266, S. 282

messen das Beweisverfahren selber vornehmen oder durch den Gerichtspräsidenten unter Mitwirkung des Protokollführers vornehmen lassen kann (§ 315 II).

7. Im Aufruf- und Offenbarungsverfahren sowie im Rechnungsprozeß

Für das Aufrufverfahren (§§ 283 ff.) ist der Zeugenbeweis ohne Bedeutung, da das Gericht über Gesuche um Erlaß einer gerichtlichen Aufforderung ohne vorangegangene mündliche Verhandlung entscheidet (§ 290). Eine Beweisverhandlung findet in keinem Fall statt.

Hingegen ist es denkbar, daß im Offenbarungsverfahren (§§ 304) sowie im Rechnungsprozeß (§§ 297) eine Beweisverhandlung durchgeführt werden muß. Für beide Verfahren gelangen die Vorschriften des beschleunigten Verfahrens zur Anwendung (§ 308 und § 299 I), sodaß eine Beweisverhandlung nach den Vorschriften des ordentlichen Verfahrens durchgeführt werden müßte (§ 317), wobei auch hier gemäß § 315 II das Beweisverfahren durch das Bezirksgericht oder durch den Gerichtspräsidenten unter Mitwirkung des Protokollführers durchgeführt würde.

8. Im Verfahren vor dem Friedensrichter

Das Beweisverfahren des Friedensrichtergesetzes vom 22. Dezember 1852 ist in seiner neuen Fassung vom 12. März 1901 beinahe wörtlich mit der ZPO in Uebereinstimmung gebracht worden [1]). Es ergeben sich jedoch einige Abweichungen beim Zeugenbeweis:

Beide Gesetze führen die gleichen Zeugnisverweigerungsgründe an (§ 74 Friedensrichtergesetz und § 183 ZPO). Im Friedensrichtergesetz fehlt jedoch eine dem § 185 entsprechende Bestimmung über die Bescheinigung des Verweigerungsgrundes und darüber, daß der Richter über die Rechtmässigkeit der Weigerung nach Anhörung der Parteien und des Zeugen sofort entscheidet, ferner, daß gegen diesen Entscheid dem Zeugen und den Parteien das Beschwerderecht zusteht. Da gemäß § 93 des Friedensrichtergesetzes die Würdigung der Zeugenaussage dem freien Ermessen des Friedensrichters überlassen ist, wird er in Ermangelung einer besonderen Bestimmung auch über das Zutreffen der behaupteten Weigerungsgründe nach freiem Ermessen entscheiden, ohne daß jedoch dem Zeugen oder den Parteien ein besonderes Beschwerderecht gegen diesen Entscheid zustände. § 112 des Friedensrichtergesetzes läßt nämlich das Rechts-

[1]) Der Friedensrichter beurteilt nach dem Abänderungsgesetz von 1941 Streitsachen bis zu einem Streitwert von Fr. 100.–

mittel der Beschwerde nur gegen das friedensrichterliche Endurteil zu.

Eine dem § 189 analoge Bestimmung über die Bezeichnung des Beweisgegenstandes und den Hinweis auf die Folgen des Ausbleibens in der Vorladung fehlt im Friedensrichtergesetz, obschon die Säumnisfolgen der ZPO und des FG die gleichen sind (§§ 190 und 191 ZPO; §§ 79 und 80 FG).

Ebenso schweigt sich das Friedensrichtergesetz über den Ort der Einvernahme aus, während die ZPO in § 192 bestimmt, daß die Einvernahme vor dem Richter in seinem ordentlichen Verhandlungslokal oder am Ort des Streitgegenstandes zu erfolgen hat. § 192 ZPO wird analog auch für das Verfahren vor Friedensrichter anzuwenden sein.

Merkwürdigerweise verlangt § 91 FG im Gegensatz zu § 199 ZPO, der nur die Verlesung der protokollierten Zeugenaussage anordnet, auch noch die Unterzeichnung des Protokolls durch den Zeugen. Zeugen, die nicht schreiben können, haben an Stelle ihrer Unterschrift ihre Aussagen durch Handgelübde zu bestätigen, was im Protokoll zu vermerken ist.

9. Im Verfahren vor dem Handels- und Versicherungsgericht

Für beide Verfahren gelten die gleichen Vorschriften. Gemäß § 9 der großrätlichen Verordnung betr. den Vollzug des Kranken- u. Unfallversicherungsgesetzes finden für das Verfahren vor dem Versicherungsgericht die Vorschriften der Handelsgerichtsordnung Anwendung, immerhin mit der Maßgabe, daß die entscheidenden Tatbestände im Verfahren vor Versicherungsgericht auch von Amtes wegen festgestellt werden können (§ 9 Ziff. 3 der zitierten großrätl. Verordnung). Für das Versicherungsgerichtsverfahren gilt daher das Offizialprinzip in weitem Masse. Ausserdem sind die Parteien berechtigt, auch nach Abschluß des Behauptungsverfahrens neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen. Im übrigen gelangen in beiden Verfahren die Vorschriften der Handelsgerichtsordnung vom 12. Juli 1887 mit den durch das Abänderungsgesetz von 1941 eingeführten Neuerungen zur Anwendung.

Wie der Bundeszivilprozeß vom 22. November 1850 sieht die aarg. Handelsgerichtsordnung nach gemeinrechtlichem Muster ein zweiteiliges Verfahren vor, ein Vorverfahren und ein Hauptverfahren. Das Vorverfahren (§§ 19–52) ist ein Präsidialverfahren, in welchem der Handelsgerichtspräsident als Instruktionsrichter «das Streitverhältnis in seinem Tatbestand festzustellen, die Beweise aufzunehmen sowie alle vorsorglichen und Zwischenverfügungen zu treffen» hat. Damit wird, entgegen dem Grundsatz der Unmittelbar-

keit, der die ZPO beherrscht, die Streitsache im Vorverfahren bis zur Urteilsreife vor dem Präsidenten, nicht vor dem erkennenden Gericht, durchgeführt. Das Hauptverfahren besteht somit im wesentlichen nur mehr in der Beurteilung des Streitfalles auf Grund der Akten des Vorverfahrens (§ 53).

Ein wertvolles Zugeständnis an das Prinzip der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme bedeutet das Recht der Parteien, die Ergänzung der Beweisaufnahmen und die Abhörung der Zeugen vor dem Gesamtgericht zu verlangen (§ 59). Auch kann das Gesamtgericht aus eigener Initiative eine Beweisverhandlung anordnen (§ 60). Die nochmalige Einvernahme schon abgehörter Zeugen hat immer vor Gesamtgericht zu geschehen (§ 60 letzter Satz).

Die Beweisantretung erfolgt in den Rechtsschriften wie im ordentlichen Verfahren. Nach Abschluß des Behauptungsstadiums erläßt der Instruktionsrichter ohne Verzug die erforderlichen Beweisbeschlüsse, die ins Protokoll eingetragen und den Parteien entweder sofort eröffnet oder längstens innert 5 Tagen abschriftlich zugestellt werden (§ 36). Die Beweisaufnahme obliegt gleichfalls dem Präsidenten (§ 34), wobei für die Durchführung des Beweisverfahrens der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt (§ 37). Ueber die Zeugeneinvernahme bestimmt § 42, daß der Präsident die Zeugen zu Protokoll verhört, nachdem er sie ernstlich zur Angabe der Wahrheit aufgefordert und ihnen die Folgen des falschen gerichtlichen Zeugnisses vor Augen geführt hat. Ueber die Folgen der Säumnis von Zeugen schweigt sich die Handelsgerichtsordnung aus. Jedoch bestimmt § 55, daß die rechtsgelehrten Richter den kaufmännischen Richtern die nötigen Aufschlüsse über die Förmlichkeiten und Grundsätze des Zivilprozeßrechts zu erteilen haben, soweit diese mit den Grundsätzen dieses Spezialgesetzes vereinbar sind. Daraus darf geschlossen werden, daß die Bestimmungen der Zivilprozeßordnung auch für das Verfahren vor dem Handels- und Versicherungsgericht Geltung haben, soweit ihnen keine Spezialvorschriften entgegenstehen. Wo überall im Spezialgesetz sich Lükken finden, sind sie durch Herbeiziehung der Vorschriften der ZPO auszufüllen.

10. Im Verfahren vor den Arbeitsgerichten

Die Arbeitsgerichte [1]), die an Stelle der gewerblichen Schiedsgerichte getreten sind, beurteilen Zivilstreitigkeiten aus dem Dienst-, Heimarbeits- und Lehrverhältnis (§ 1).

In Abweichung vom ordentlichen Verfahren wird der Beweis nicht schon in der Klage angetreten, sondern nach dem Scheitern der Vermittlung, die der Obmann sofort nach der Klageanbringung zu versuchen hat. Er läßt sich alsdann von den Parteien die Beweismittel angeben, trifft über die Beweiserhebung die nötigen Verfügungen (Beweisbeschlüsse) und eröffnet diese sofort den Parteien (§ 21). Für die Einvernahme der Zeugen gelten die Vorschriften der §§ 182 ff ZPO (§ 30).

11. Im Verfahren vor den Flurgerichten

Das Flurgericht (Flurgesetz vom 24. November 1875/27. März 1912 und Vollziehungsverordnung vom 24. Januar 1913 dazu) ist für Streitigkeiten um Flurgrundstücke und um dingliche Rechte an solchen zuständig. Rechtsschriften sind im Flurgerichtsprozeß nicht zugelassen. Die tatsächlichen Anbringen der Parteien werden einfach in ihren wesentlichen Bestandteilen zu Protokoll genommen (§ 21 der Vollziehungsverordnung). Die Flurkommission fordert den Beweisführer zur Nennung der Beweise auf (§ 24 III der VV). Beruft sich der Beweisführer auf Zeugen, sind diese vorzuladen. Die Zeugeneinvernahme wird nach den Vorschriften des ordentlichen Verfahrens vorgenommen. Ebenso würdigt die Flurkommission die Zeugenaussagen nach freiem Ermessen (§ 27).

12. Im Verfahren vor Verwaltungsgericht

Das Obergericht entscheidet durch seine Kommission für Verwaltungsstreitigkeiten (Gesetz über das Verfahren bei Verwaltungsstreitigkeiten vom 25. Juni 1841) über die in § 2 leg. cit. genau festgelegten Verwaltungsstreitfälle. Die Beweisantretung erfolgt in Klage und Antwort (in der Praxis auch noch in Replik und Duplik), welche mündlich oder schriftlich beim zuständigen Bezirksgerichtspräsidenten anzubringen sind (§ 4—7). Nach Abschluß des Behauptungsverfahrens werden die Akten dem Obergericht übermittelt (§ 9). Die Kommission für Verwaltungsstreitigkeiten des Obergerichts er-

[1]) Vgl. Gesetz über die Arbeitsgerichte vom 8. März 1944

läßt die erforderlichen Beweisbeschlüsse und führt das Beweisverfahren nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durch (§ 11).

13. Im Verfahren vor Schiedsgericht

Den Parteien ist es freigestellt, ihre gegenwärtigen und zukünftigen Rechtsstreitigkeiten, sofern sie darüber verfügen können [1]), durch Schiedsvertrag den staatlichen Gerichten zu entziehen und durch Privatpersonen (Schiedsrichter) entscheiden zu lassen. Welcher kantonalen Gerichtshoheit ein Schiedsgericht zu unterstehen hat, können die Parteien durch Gerichtsstandsvereinbarung im Schiedsvertrag bestimmen. Mangels einer solchen Vereinbarung sind die Gerichtsstandsbestimmungen des eidgenössischen und kantonalen Rechts anzuwenden. Untersteht ein Schiedsgericht der aargauischen Gerichtsbarkeit, gelangen die Bestimmungen des § 356 ff. der aarg. ZPO über die Schiedsgerichte zur Anwendung. Darnach ist es den Parteien anheimgestellt, das Verfahren selber zu bestimmen, welches bei der Behandlung und Beurteilung der Streitsache eingehalten werden soll. Haben sie sich darüber ausgeschwiegen, ist nach den Grundsätzen zu verfahren, die für die Verhandlung der Streitsachen vor Bezirksgericht gelten (§ 362). In diesem Fall wird das Beweisverfahren nach den Vorschriften des ordentlichen Verfahrens durchgeführt. Die Zeugen werden von den Parteien im Behauptungsverfahren angeboten, in den Beweisbeschlüssen aufgeführt, zur Beweisverhandlung vorgeladen und vom Obmann des Schiedsgerichts einvernommen. In Abweichung von den Vorschriften der ZPO besteht jedoch für den Zeugen keine Pflicht, vor dem Schiedsgericht zu erscheinen. Erscheint er jedoch freiwillig, ist er wie der Zeuge, der vor einem staatlichen Gericht aussagt, mit der Ermahnung zur Wahrheit auf die Zeugnisverweigerungsgründe und auf die Folgen falschen Zeugnisses aufmerksam zu machen. Zeugen, die vor Schiedsgericht falsch aussagen, machen sich strafrechtlich verantwortlich wie diejenigen Zeugen, die falsche Aussagen vor einem staatlichen Gericht deponieren (Art. 307 und 309 StGB), sofern dem Schiedsgericht das Recht der Zeugenabhörung zusteht (Bei Schiedsgerichten, die der aargauischen Gerichtshoheit unterstehen und vor welchen die Vorschriften der aarg. ZPO über das ordentliche Verfahren gelten, ist dies zweifelsohne der Fall). Mit Ausnahme der Erscheinungspflicht, die für den vor ein aargauisches Schiedsgericht vorgeladenen Zeugen nicht besteht, gelangen die Bestimmungen der ZPO über den Zeugenbeweis, § 182 ff., in vollem Umfange zur Anwendung.

[1]) Gemäß § 356 Abs. 2 ZPO können Zivilstands-, Ehe- und Vaterschaftssachen nicht einem Schiedsspruche unterstellt werden

VII. Die Beweiswürdigung, insbesondere die Würdigung der Zeugenaussagen

1. Allgemeines

Der gemeine Prozeß mit seinen starren Formen hat die Beweiswürdigung an feste Beweisregeln geknüpft und dem Richter die Möglichkeit genommen, das Beweisergebnis nach freiem Ermessen zu beurteilen. Dieses Gebundensein des Richters an feste Regeln wurde im gemeinen Prozeß als formale oder legale Beweistheorie bezeichnet. Sie ist also «die Summe der im Prozeßgesetz aufgestellten Regeln über Qualität und Quantität der Beweismittel» [1]).

Im Gegensatz zur formalen Beweistheorie steht der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung: Nicht mehr die Erfüllung gewisser Formen, sondern die Ueberzeugung des Richters stellt eine Behauptung als wahr fest. Der Richter entscheidet darüber und insbesondere über den Beweiswert der erhobenen Beweismittel unter Berücksichtigung aller durch die Verhandlungen und Beweisaufnahmen zutage geförderten Umstände auf Grund seiner Lebenserfahrung und Menschenkenntnis nach freier Ueberzeugung [2]).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet also, daß die Frage, ob eine tatsächliche Behauptung wahr sei, dann bejaht werden darf, wenn der Richter als besonnener, gewissenhafter und lebenserfahrener Mann aus objektiven Gründen die gewonnene Wahrscheinlichkeit als genügend ansieht [3]).

Die Prozeßordnungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Kanton Aargau von 1838/39 und 1851/52 haben die formale Beweistheorie vom gemeinen Recht rezipiert und ganz konsequent durchgeführt [4]).

Der Beweis muß prozeßordnungsgemäß, mit den gesetzlich aufgestellten und umschriebenen Beweismitteln erbracht werden. «Die

[1]) Wach, Gedruckte Vorlesung über den Zivilprozeß, Leipzig 1909, Seite 96

[2]) Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Seite 380

[3]) Stein, Die ZPO für das deutsche Reich, 11. Aufl., I. Bd., S. 705, Tübingen 1913

[4]) Vgl. §§ 167–323 der PO v. 1838/39 und §§ 118–269 der PO von 1851/52

selbständige Tätigkeit des Richters ist durch détaillierte, bindende Vorschriften über die Wirksamkeit der einzelnen Beweismittel fast gänzlich ausgeschlossen» [1]). Die Ueberzeugung des Richters spielt also keine Rolle; man fordert von ihm sogar, daß er beim Vorhandensein gewisser formaler, der materiellen Wahrheit aber entbehrender Beweisergebnisse gegen seine Ueberzeugung urteilt. Gemäß § 221 der PO von 1838/39 und gemäß § 171 der PO von 1851/52 genügt zu einem vollständigen Beweise durch Zeugen die übereinstimmende Aussage zweier zulässiger, nicht verwerflicher Zeugen. So war es unter der Herrschaft der alten Prozeßordnungen möglich, durch zwei zulässige, nicht verwerfliche Zeugen den Beweis für eine rechtserhebliche Tatsache zu erbringen und dadurch unter Umständen ein Urteil zu erzwingen, das der materiellen Wahrheit gar nicht entsprochen hat. Die Aufstellung solcher Grundsätze läßt sich nur als Produkt der Befürchtung erklären, der Richter könnte mißbräuchlich und parteiisch seines Amtes walten, wenn man ihm die freie Beweiswürdigung einräume. Nachdem aber, hauptsächlich angeregt durch das englische Recht, die freie richterliche Beweiswürdigung zuerst im Strafprozeß eingeführt worden ist, hat sie im letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts auch im Zivilprozeß immer mehr Eingang gefunden. So hat das deutsche Reich in seiner Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 [2]) die Jahrhunderte lang von der Wissenschaft und Rechtspflege ängstlich gehütete gemeinrechtliche Beweistheorie aufgegeben und die freie Ueberzeugung des Richters an ihre Stelle gesetzt. Erst durch die freie Beweiswürdigung erhält der Richter die Bedeutung und Würde, die in seinem hohen Beruf innewohnen soll, während er durch die formelle Beweistheorie in vielen Fällen zur lebenslosen Maschine wird. Man mutet hier dem Richter zu, beim Vorhandensein gewisser formeller, der materiellen Wahrheit aber entbehrender Beweisergebnisse gegen seine Ueberzeugung zu urteilen. Durch die freie Beweiswürdigung hingegen gewinnt das materielle Recht und verliert das formelle Scheinrecht. Mißbrauch und Parteilichkeit des Richters sind bei unseren demokratischen Institutionen nicht zu befürchten, weil die öffentliche Meinung und die Bürger Kontrolle üben können. Der Richter wird sich vielmehr gehoben fühlen, wenn ihm der Gesetzgeber das nötige Vertrauen entgegenbringt. Er wird die Streitfälle sorgfältiger prüfen, die Glaubwürdigkeit der Beweise genauer abwägen, weil er unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung eine größere moralische Verantwortlichkeit trägt als da, wo ihm ein skelettartiger Formalismus das Urteil vorschreibt.

[1]) Keller-Pfisterer, a. a. O., 2. Auflage, S. 24

[2]) § 286 und § 287

Von solchen Anschauungen geleitet ist in der Zivilprozeßordnung für den Kt. Aargau vom 12. März 1900 die gemeinrechtliche Beweistheorie beseitigt worden. An deren Stelle ist die freie richterliche Beweiswürdigung getreten. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung läßt sich beim Zeugen- und Sachverständigenbeweis voll und ganz anwenden. Es fallen daher hier die bisherigen Vorschriften weg, die Ausfluß der formellen Beweistheorie waren. So wird beispielsweise die ganze Lehre von den zulässigen und verwerflichen Zeugen [1]) (testes habiles und testes suspecti) überflüssig. Beim Urkundenbeweis jedoch läßt sich der Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht ganz durchführen. So muß die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde anerkannt werden [2]). Ebenso wurde in der heute noch geltenden ZPO von 1900 die Rechtsvermutung für die Echtheit des Inhaltes einer Privaturkunde beibehalten, wenn die Echtheit der Unterschrift erstellt ist [3]).

Mit der Einführung der freien richterlichen Beweiswürdigung mußte notwendig der Eid als Beweismittel beseitigt werden. Er hat daher in der Zivilprozeßordnung von 1900 in keiner Form mehr Eingang gefunden. «Der Eid ist formales Beweismittel par excellence und mit der freien Beweiswürdigung schlechterdings unvereinbar» [4]). Es wäre absurd, wenn man zwar den Eid als Beweismittel zuliesse, nach erfolgter Eidesleistung aber dem Richter anheimstellte, ob er die beschworene Tatsache als wahr annehmen wolle oder nicht.

Die geltende Zivilprozeßordnung vom 12. März 1900 hat den Grundsatz der freien Beweiswürdigung in § 147 verankert. Das Prinzip bedeutet die weitaus wichtigste Neuerung der ZPO von 1900 gegenüber der alten Prozeßordnung von 1851/52. Der Grundsatz wurde wörtlich der deutschen Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 entnommen (§ 259 der deutschen ZPO). Darnach soll das Gericht unter Würdigung des gesamten Inhaltes der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahmen nach freier Ueberzeugung entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten ist. Im Urteil sollen die Gründe angegeben werden, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind. Das Gericht ist an Beweisregeln nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.

[1]) PO von 1838/39 §§ 221 und 222; PO von 1851/52 § 172 und 173

[2]) ZPO von 1900, § 158

[3]) ZPO von 1900 § 161

[4]) Verhandlungsprotokoll des Großen Rates des Kantons Aargau vom 10. Juli 1899, S. 304

2. Die Würdigung der Zeugenaussagen

Die ZPO schreibt in § 202 für den Zeugenbeweis die Würdigung der Zeugenaussagen nach freiem Ermessen noch besonders vor. Die Zeugenaussagen unterliegen vollständig der freien richterlichen Würdigung. Ueber die Beweiskraft des Zeugnisses enthält die ZPO nicht eine einzige Regel. Die Kategorien der klassischen, unzulässigen und der auf Antrag verwerflichen Zeugen (§§ 171, 172 und 173 der PO von 1851/52) haben in der ZPO von 1900 keinen Eingang mehr gefunden. Desgleichen ist auch der Grundsatz des § 171 der PO von 1851/52, daß die übereinstimmende Aussage von zwei klassischen Zeugen vollen Beweis schaffe, nicht mehr in die neue Zivilprozeßordnung von 1900 aufgenommen worden. Die ZPO hat also die gemeinrechtliche Legaltheorie mit ihren Regeln über die Beweiskraft des Zeugnisses vollständig verlassen und huldigt unbeschränkt dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung.

Ob der Richter sich von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Zeugenaussage überzeugen kann, hängt von der individuellen Glaubwürdigkeit des Zeugen und von der Glaubwürdigkeit der Zeugenaussage ab. Ein Zeuge erscheint dann als glaubwürdig, wenn er die Fähigkeit und den Willen zu wahrheitsgetreuer Aussage besitzt. Zur Beurteilung der Fähigkeit des Zeugen zu wahrheitsgetreuer Aussage können die in § 197 genannten Vorfragen gewisse Anhaltspunkte bieten, wie Alter, Beruf oder Gewerbe und Wohnort, vor allem jedoch Fragen, aus welchen die körperliche und geistige Beschaffenheit des Zeugen zur Zeit der Wahrnehmung und während der Verhandlung ersichtlich ist. Der Richter muß sich vor allem bei Zeugen, die er vor den Schranken des Gerichts das erste Mal sieht, ein Bild über deren Intelligenz, Wahrnehmungsfähigkeit, Beobachtungs- und Auffassungsgabe, Gedächtnis und Wiedergabefähigkeit machen können, um daraus einen Schluß auf ihre Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit zu ziehen. Zur Intelligenz bemerken Lipmann und Plaut, daß nicht der Intelligenteste die beste, der Unintelligenteste die schlechteste Auskunftsperson sei. Nach ihnen ist vielmehr nur ein bestimmter Intelligenztypus von forensischer Bedeutung für die Wahrheitserforschung, nämlich der Typus Mensch, der die Reize seiner Umgebung sach- und zielrichtig gestaltet, aber nicht nach- oder umgestaltet [1]).

Bei der Wahrnehmung spielt schon die verschiedene Ausbildung der Sinnesorgane (Kurzsichtigkeit, Weitsichtigkeit, Schwerhörigkeit usw.) eine wichtige Rolle. Aber auch das Wahrnehmungsinteresse

[1]) Lipmann, Die Spuren interessebetonter Erlebnisse (Z. f. angew. Psych., 1911); Plaut, S. 7/8

bedingt die größere oder geringere Wahrnehmungszuverlässigkeit (vgl. I. 4. hiervor). Die Zuverlässigkeit der Wahrnehmung kann aber auch durch sog. Erwartungs-, Empfindungs- und Urteilssuggestion beeinflußt werden [1]).

Bezüglich Erinnerung und Gedächtnis mag hier darauf hingewiesen werden, daß es visuelle, akustische und motorische Gedächtnistypen gibt. Schwere Fehler kommen fast regelmässig bei Zeitschätzungen vor [2]). Auf die Erinnerungslücken und Fälschungen wurde bereits hingewiesen (I. 4. hievor).

Der Wille des Zeugen zu wahrheitsgemässer Aussage kann ersichtlich sein aus dem Benehmen des Zeugen vor Gericht, aus Charakter und Leumund, aus den Beziehungen zu den Parteien, aus dem Interesse des Zeugen am Prozeßausgang. Eine vollständig wahrheitsgetreue Aussage kann in der Regel vom Zeugen nur erwartet werden, wenn er den Parteien unvoreingenommen gegenübersteht. Nicht umsonst gibt der Gesetzgeber dem Zeugen bei nahen Beziehungen zu einer Partei ein totales Aussageverweigerungsrecht.

Schwerer kontrollierbar sind Beziehungsverhältnisse wie Freundschaft oder Feindschaft, Kameradschaft, Kollegialität sowie religiöse, politische und wirtschaftliche Verbundenheit von Zeuge und Partei. Diese Beziehungen kommen sehr oft vor dem Richter gar nicht zu Tage, besonders dann nicht, wenn der Richter sich wegen Zeitnot auf die stereotypen Vorfragen beschränken muß. Der Gegner wird dem Richter jedoch bei der Aufdeckung solcher Beziehungen behilflich sein.

Zur Glaubwürdigkeit der Aussage wurde bereits bemerkt, aus welchen Gründen auch die Aussage eines glaubwürdigen und gutgläubigen Zeugen inhaltlich fragwürdig erscheinen kann (I. 4. hievor). Ferner wurde hervorgehoben (IV. 1. hievor), daß es sich bei der Wiedergabe von Sinneseindrücken immer zugleich um Kundgabe von Schlußfolgerungen handelt und daher zu prüfen ist, ob der Zeuge auf Grund seiner Erfahrungen und unter den gegebenen Umständen imstande war, die richtigen Schlußfolgerungen auf die Wahrheit der Tatsache zu ziehen.

Fehlaussagen rühren oft von mangelnder sprachlicher Ausdrucksfähigkeit her. Es kann vorkommen, daß ungebildete Zeugen mit wissenschaftlichen und fremdsprachlichen Bezeichnungen oft einen falschen Sinn verbinden, die vom Richter anders verstanden werden.

Wichtig für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Aussage sind auch das Auftreten und die Charaktereigenschaften des Zeugen.

[1]) Plaut, S. 11 mit Beispielen
[2]) Plaut, S. 10

Der Richter tut gut, zu beobachten, ob der Zeuge nicht etwa aus Eitelkeit die Bedeutung seiner Rolle bei der Darstellung zu sehr herausstreicht und damit das Bild verzerrt, ob er nicht, um interessant und sensationell zu wirken, übertreibt. Ebenso ist zu prüfen, ob nicht der redeselige Zeuge mehr sagt als er weiß, der wortkarge nicht Wichtiges ausläßt und der Schüchterne nicht recht mit der Sprache heraus will. Der Wahrheitsgehalt einer Aussage kann in der Regel ganz gut durch Vergleich mit den Aussagen anderer Zeugen und mit den Parteibehauptungen geprüft werden, am besten natürlich dann, wenn die Aussagen mit vorhandenen Urkunden übereinstimmen.

Mit der unbeschränkten Würdigung der Zeugenaussagen nach freiem Ermessen ist dem Richter eine schwere und verantwortungsvolle Aufgabe erwachsen, die von ihm große Menschenkenntnis, Lebenserfahrung und Gewissenhaftigkeit verlangt. Macht der Richter von ihr gewissenhaft, verantwortungsbewußt und mit dem einzigen Bestreben Gebrauch, der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen, wird der Grundsatz sich in den meisten Fällen zum Wohl der Rechtsuchenden auswirken.

Korrigenda

Es muß heißen:

Auf S. 23, Zeile 7/8, statt: des Zeugenbeweises - der Zeugenbeweis,
auf S. 37, Zeile 25, statt: begibt - vergibt,
auf S. 49, Zeile 8, statt: jemanden - jemandem,
auf S. 50, Zeile 23, statt: welchem - welchen,
auf S. 52, Note [2]), statt: Nr. 90 - Nr. 30,
auf S. 64, Note [3]), statt: III/1 - II/1.